

**STATENS FORPLIKTELSE ETTER EMK  
ARTIKKEL 3 OG 8 NÅR PRIVATPERSONER  
UTØVER SEKSUELL VOLD MOT KVINNER**

Kandidatnr: 115

Veileder: Marius Emberland

Leveringsfrist: 10. november 2005

Til sammen 29.037 ord

09.11.2005

## **TAKK**

Det er mange som har bidratt til å gjøre arbeidet med denne avhandlingen til en stor fornøyelse.

For det første vil jeg takke veilederen min, førsteamanuensis Marius Emberland, ved Norsk senter for menneskerettigheter. Han har gitt uvurderlig veiledning, inspirasjon og oppmuntring gjennom hele skriveprosessen. Det har betydd mye at han har tro på det jeg gjør.

Jeg vil rette en takk til Juridisk Rådgivning for Kvinner (JURK) for økonomisk støtte til å skrive denne avhandlingen. En takk går også til Norsk senter for menneskerettigheter, for skriveplass og adgang til deres ressurser.

Jeg takker Gro Hauge, som har lest et utkast til avhandlingen og kommet med verdifulle innspill, og Ane Grimelid, for faglig så vel som moralsk støtte.

# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>2</u></b>
1.1	PROBLEMSTILLING OG AVGRENSING	2
1.2	BRUK AV METODE OG RETTSKILDER I DENNE AVHANDLINGEN	4
1.3	DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	5
<b>2</b>	<b><u>ENKELTE GRUNNLEGGENDE UTGANGSPUNKTER</u></b>	<b><u>6</u></b>
2.1	FORHOLDET MELLOM POSITIVE OG NEGATIVE PLIKTER	6
2.2	TREDJEPARTSVIRKNINGER AV KONVENSJONSFORPLIKTELSE	8
2.3	SEKSUELL VOLD SOM KRENKELSE AV ARTIKLENE 3 OG 8	11
2.3.1	ARTIKKEL 3	11
2.3.2	ARTIKKEL 8	14
2.4	FEMINISTISKE PERSPEKTIVER PÅ INTERNASJONALE MENNESKERETTIGHETER	16
<b>3</b>	<b><u>SÆRSKILTE RETTSKILDE- OG METODESPØRSMÅL</u></b>	<b><u>19</u></b>
3.1	EMDs RETTSKILDER	20
3.1.1	AVGJØRELSE FRA KOMMISSJONEN OG DOMSTOLEN	20
3.1.2	AVGJØRELSE FRA INTERNASJONALE ORGANER	21
3.1.3	FOLKERETTLIG SEDVANERETT	23
3.1.4	FNs KVINNEKONVENSJON	24
3.1.4.1	Statsansvaret i Kvinnekonvensjonen	28
3.1.5	ANDRE INTERNASJONALE INSTRUMENTER MED KVINNEPERSPEKTIV	30
3.1.6	UTTALELSER FRA EUROPARÅDETS ORGANER	32
3.2	SÆRSKILTE METODESPØRSMÅL	33
3.2.1	ORDLYD	33
3.2.2	FORMÅLSRETTET TOLKING	33
3.2.3	EFFEKTIVITETSPRINSIPPET	36
3.2.4	TOLKING I TRÅD MED SAMFUNNSUTVIKLINGEN	37
3.2.5	PROPORSJONALITETSPRINSIPPET	38
3.2.6	HENSYNET TIL STATENES SUVERENITET	41

<b><u>4</u></b>	<b><u>HAR STATEN ET ANSVAR FOR SEKSUELL VOLD MELLOM PRIVATE?</u></b>	<b><u>42</u></b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>KARAKTEREN AV STATENS POSITIVE FORPLIKTELSE PÅ OMRÅDET</u></b>	<b><u>47</u></b>
<b>5.1</b>	<b>STATENES SKJØNNMARGIN</b>	<b>48</b>
5.1.1	ARTIKKEL 3	49
5.1.2	ARTIKKEL 8	50
5.1.3	"FAIR BALANCE"-VURDERINGEN OG STATENES SKJØNNMARGIN	53
<b>5.2</b>	<b>KORT OM TO SENTRALE VURDERINGSTEMAER</b>	<b>53</b>
5.2.1	TILTAKENE SKAL VÆRE EGNET TIL Å SIKRE RESPEKT FOR PRIVATLIVET	54
5.2.2	TILTAKENE SKAL VÆRE EGNET TIL Å GI EN EFFEKTIV PREVENTIV EFFEKT	54
<b>5.3</b>	<b>NASJONALE STRAFFESYSTEMER</b>	<b>55</b>
5.3.1	KRAV TIL NASJONALE STRAFFEBESTEMMELSER	56
5.3.2	OFFENTLIG ETTERFORSKNING	58
5.3.2.1	Krav til innholdet i etterforskningen	59
5.3.3	OFFENTLIG PÅTALE	60
5.3.4	EN PLIKT TIL Å REISE TILTALE?	61
<b>5.4</b>	<b>TILTAK FOR Å BESKYTTE KVINNER SOM UTSETTES FOR SEKSUELL VOLD</b>	<b>63</b>
<b>5.5</b>	<b>PLIKT TIL Å BISTÅ KVINNER SOM HAR VÆRT UTSATT FOR SEKSUELL VOLD</b>	<b>67</b>
5.5.1	REHABILITERING AV VOLDSOFRE	68
5.5.2	ERSTATNING	69
5.5.3	ADGANG TIL NASJONALE DOMSTOLER; RETTSMIDDEL OG KOMPENSASJON I HENHOLD TIL ARTIKLENE 6 OG 13	72
<b>5.6</b>	<b>EN PLIKT TIL Å FOREBYGGE SEKSUELL VOLD MELLOM PRIVATE?</b>	<b>76</b>
5.6.1	ARTIKKEL 3	76
5.6.2	ARTIKKEL 8	79
5.6.3	TRAKTATER OG ANDRE INTERNASJONALE INSTRUMENTER	80
<b><u>6</u></b>	<b><u>EN EGNET RETTSLIG ARENA?</u></b>	<b><u>83</u></b>
<b>6.1</b>	<b>OPPSUMMERING</b>	<b>83</b>
<b>6.2</b>	<b>I HVILKEN GRAD ER EMK EGNET TIL Å BESKYTTE KVINNER MOT SEKSUELL VOLD MELLOM PRIVATE?</b>	<b>84</b>
6.2.1	HVA SLAGS EGNETHET?	84
6.2.2	KONVENSJONENS EGNETHET I LYS AV FEMINISTISK KRITIKK	86
<b><u>7</u></b>	<b><u>LITTERATUR</u></b>	<b><u>91</u></b>

<b>8</b>	<b><u>INTERNETTSIDER</u></b>	<b>96</b>
<b>9</b>	<b><u>REGISTER</u></b>	<b>97</b>
<b>9.1</b>	<b>AVGJØRELSE FRA DEN EUROPEISKE MENNESKERETTSDOMSTOL OG KOMMISSJON</b>	<b>97</b>
<b>9.2</b>	<b>AVGJØRELSE FRA INTERNASJONALE DOMSTOLER OG KONVENSJONSORGANER</b>	<b>99</b>
<b>9.3</b>	<b>DOKUMENTER FRA EUROPARÅDET</b>	<b>100</b>
<b>9.4</b>	<b>FN-DOKUMENTER</b>	<b>100</b>
<b>9.5</b>	<b>ANDRE INTERNASJONALE DOKUMENTER</b>	<b>102</b>

Responsibility of a state is particularly significant when human rights are implicated, because the principal beneficiaries of international human rights are private individuals, who are as vulnerable to the depredations and discrimination of their peers as to those of officers of the state.

Rebecca Cook\*

\* Cook, Rebecca. *State Accountability Under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*. I: Human Rights of Women. National and International Perspectives. Redigert av Rebecca J. Cook. Philadelphia, 1994, s 236-256, på s 238.

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling og avgrensing

Denne avhandlingen omhandler statens ansvar for seksuell vold mellom privatpersoner, i henhold til Den europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter ”EMK” eller ”Konvensjonen”).<sup>1</sup> Avhandlingen begrenses til å diskutere hvorvidt statene kan sies å ha et ansvar og, eventuelt, hvilke forpliktelser som ligger i dette ansvaret. Jeg diskuterer problemstillingen i forhold til to rettigheter i EMK – vernet mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling (artikkel 3) og retten til respekt for privatlivet (artikkel 8).

Begrepet seksuell vold favner vidt. Eksempler spenner fra voldtekt og andre fysiske seksuelle overgrep, til seksuelt misbruk av barn, menneskehandel og seksuell sjikane. Det kan også argumenteres for at kjønnslemlestelse, tvangsekteskap og æreskriminalitet omfattes av begrepet.<sup>2</sup> Avhandlingen søker ikke å gi noen uttømmende definisjon av hva seksuell vold er, men å diskutere statens forpliktelser etter EMK i forhold til seksuell vold mellom private, slik de antas å være *de lege lata*. Avgrensingen av hvilke former for seksuell vold som behandles i avhandlingen er for det første begrunnet i et ønske om å kunne forankre denne delen av avhandlingen i rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (heretter ”EMD” eller ”Domstolen”). Denne rettspraksisen omhandler i hovedsak seksuell vold i form av voldtekt og andre fysiske seksuelle overgrep. Videre har hensynet til de rammer som gjelder for denne type avhandlinger, både med tanke på omfang og tidsbruk spilt inn. Avhandlingen er på dette grunnlaget avgrenset til kun å behandle voldtekt og andre fysiske seksuelle overgrep.

---

<sup>1</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Roma 4. november 1950. Konvensjonen trådte i kraft 3. september 1953 i samsvar med artikkel 66.

<sup>2</sup> Kelly, Liz. *Promising Practises adresssing sexual violence*. Ekspertuttalelse for FNs Division for the advancement of women. [www.un.org/womenwatch/daw/egm/vaw-gp-2005/docs/experts/kelly.sexualviolence.pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/vaw-gp-2005/docs/experts/kelly.sexualviolence.pdf), s 3 [besøkt 27.09.05].

Avhandlingen fokuserer på statens ansvar for vold mot voksne kvinner, altså kvinner over myndighetsalder. Statens ansvar for vold mot mindreårige vil kun behandles i den grad det er egnet til å belyse ansvaret ovenfor voksne. En kan tenke seg at statens ansvar vil gjelde tilsvarende for menn som utsettes for seksuell vold. Det er imidlertid en kjensgjerning at denne type vold i størst grad rammer kvinner. I internasjonal rett er problemstillingen også i all hovedsak belyst i forbindelse med vold mot kvinner. Av disse grunnene mener jeg det er viktig å ha et kvinneperspektiv på tilnærmingen til problemstillingen.

Avhandlingen diskuterer statens ansvar for privat voldsutøvelse, som en motsetning til vold fra personer i offentlig tjeneste. Statens ansvar for handlinger utført av personer som utøver offentlig tjeneste vil naturlig nok stå i en annen stilling enn ansvaret for privatpersoners handlinger, idet staten primært hefter for egne representanter. Avgrensingen gjør at for eksempel seksuell vold i varetekt, slik det var tilfelle i *Aydin mot Tyrkia*,<sup>3</sup> ikke omfattes, mens voldtekt mellom ektefeller faller innenfor avhandlingens ramme. Avhandlingen vil ikke skille mellom seksuell vold i nære relasjoner, eller mellom bekjente, og overgrep begått av fremmede.

EMK er valgt som gjenstand for avhandlingens analyse fordi den skiller seg ut som et regionalt menneskerettslig instrument som i stor grad har gjort det mulig for individer å håndheve sine rettigheter ovenfor offentlige myndigheter. Mot denne bakgrunnen er det interessant å se på i hvilken grad Konvensjonen ivaretar retten til frihet fra seksuell vold mellom private, en rettighet som tradisjonelt har falt på siden av den internasjonale menneskerettsbeskyttelsen slik den er kommet til uttrykk i folkeretten.

Spørsmålet om hvorvidt offentlige myndigheter kan ansvarliggjøres for privates vold mot kvinner, herunder seksuelle overgrep, på menneskerettslig grunnlag, har vist seg å være svært aktuelt, også i norsk sammenheng. I 2004 lanserte Amnesty International en global kampanje, *Stopp vold mot kvinner*, som satte vold mot kvinner på dagsorden. Kampanjen fokuserte på vold mot kvinner både som et samfunnsproblem og som et menneskerettsproblem.<sup>4</sup> I kjølvannet av kampanjen har diskusjonen om

---

<sup>3</sup> *Aydin mot Tyrkia*, RJD 1997-VI.

<sup>4</sup> Kampanjen var ikke spesielt rettet mot menneskerettslig ansvar på bakgrunn av EMK.



menneskerettighetenes anvendelse på privates handlinger av denne typen blusset opp også i Norge.<sup>5</sup> Debatten vitner om at det i dag er enighet om at myndighetene har et visst rettslig ansvar for privates handlinger overfor andre individer etter flere av menneskerettskonvensjonene. For eksempel har myndighetene en viss plikt til å beskytte individenes personlige sikkerhet mot overgrep fra andre enkeltindivider.<sup>6</sup> Et av spørsmålene som ble diskutert var hvor langt dette ansvaret kan og bør strekkes. Njål Høstmælingen mente for eksempel at det skal mye til før myndighetene kan holdes menneskerettslig ansvarlig for privatpersoners vold mot kvinner. Eksempler er at politiet av prinsipp ikke rykker ut ved trusler om drap mot kvinner eller ved familievold.<sup>7</sup> Patricia Kaatee, rådgiver i Amnesty International Norge, argumenterte på sin side for at det nå er et generelt menneskerettslig prinsipp at myndighetene plikter å beskytte individer mot overgrep fra andre individer.<sup>8</sup> Avhandlingen søker å fange opp én side av denne diskusjonen, ved å gjøre rede for hvilket ansvar gjeldende rett pålegger staten i forhold til én type vold og én bestemt menneskerettskonvensjon, nemlig ansvaret for seksuell vold mellom private etter EMK.

Norge har forpliktet seg til å respektere og sikre menneskerettighetene etter en rekke internasjonale konvensjoner. Debatten i AmnestyNytt satte også søkelys på hvorvidt norske myndigheter oppfyller sine menneskerettslige forpliktelser på området. Avhandlingen vil ikke vurdere hvorvidt Norge oppfyller sine menneskerettslige forpliktelser eller ikke. Problemstillingen er utvilsomt både spennende og aktuell, men det vil favne for vidt innen rammene for en slik avhandling å foreta en gjennomgang av norsk praksis på området.

## 1.2 Bruk av metode og rettskilder i denne avhandlingen

Avhandlingen tar sikte på i størst mulig grad å klarlegge hvilke rettslige forpliktelser EMK pålegger offentlige myndigheter ved seksuell vold mellom private. Fokus er på gjeldende rett, og målet er å komme frem til hvordan Domstolen ville besvart problemstillingen. Avhandlingens metode er derfor rettsdogmatisk og knytter seg tett opp mot den metode

---

<sup>5</sup> Se diskusjonen i AmnestyNytt nr 3 og 4 2004.

<sup>6</sup> Høstmælingen, Njål. *Vold mot menneskerettighetene?* AmnestyNytt. Nr 3, 2004.

<sup>7</sup> Høstmælingen, Njål. *Vold mot menneskerettighetene?* AmnestyNytt, Nr 3, 2004.

<sup>8</sup> Kaatee, Patricia. *Staten har plikter – også i Norge.* AmnestyNytt. Nr 3, 2004.

Domstolen legger til grunn når den tolker Konvensjonen. Konvensjonens ordlyd, relevant rettspraksis og annen internasjonal rett vil derfor stå sentralt. Jeg presiserer at avhandlingen ikke vil ta stilling til en konkret rettslig konflikt, men søke å klarlegge hvordan artiklene 3 og 8 generelt skal forstås.

I tillegg vil avhandlingen basere seg på relevant juridisk litteratur som behandler sider av Domstolens avgjørelser som er relevante i forhold til problemstillingen. Juridisk litteratur vil således få en mer fremtredende plass i avhandlingen enn den har i Domstolens praksis. Dette er først og fremst for å dra nytte av den kunnskap som finnes på området. Avhandlingen er basert på skandinavisk og engelskspråklig litteratur.

### 1.3 Den videre fremstillingen

I det følgende vil jeg starte med å redegjøre for enkelte utgangspunkter som er av betydning for avhandlingens problemstilling (kapittel 2). Etter dette vil jeg se på sider ved Domstolens rettskildebruk og metode som er sentrale i forhold til avhandlingens analyser (kapittel 3). Så diskuterer jeg om statene har et ansvar etter EMK for seksuell vold mellom private (kapittel 4), før jeg går inn på hva slags tiltak EMK eventuelt krever at statene setter i verk for å gjennomføre sine forpliktelser (kapittel 5). Avslutningsvis vil jeg komme med en oppsummering av avhandlingens hovedpunkter og noen bemerkninger om i hvilken grad Konvensjonen er egnet til å beskytte kvinner mot privat voldsutøvelse (kapittel 6).

## 2 Enkelte grunnleggende utgangspunkter

Denne avhandlingen vil, som det fremgår ovenfor, vurdere offentlige myndigheters ansvar for seksuell vold mellom private. Det vil derfor være nødvendig å se på hva slags folkerettslige plikter myndighetene har etter EMK. Dette vil jeg gjøre ved først å gå inn på forholdet mellom positive og negative plikter (avsnitt 2.1). Deretter vil jeg se på tredjepartsvirkninger av Konvensjonen (avsnitt 2.2). Dette er begreper som er sentrale i EMK-rettslig teori og praksis. Kjennskap til disse vil være nyttig i forhold til avhandlingens analyser. Avhandlingen vil ikke gå i detalj vedrørende vilkårene for anvendelse av artiklene 3 og 8. Det er likevel klart at seksuell vold må oppfylle en viss minstestandard før den kan krenke Konvensjonens rettigheter. Avsnitt 2.3 skisserer hvordan Domstolen har plassert seksuell vold i artikkel 3 og artikkel 8. I avsnitt 2.4 trekker jeg noen linjer til feministiske perspektiver på internasjonale menneskerettigheter.

### 2.1 Forholdet mellom positive og negative plikter

EMK består i stor grad av bestemmelser som beskytter individer mot inngrep fra offentlige myndigheter.<sup>9</sup> Sett fra myndighetenes side innebærer dette en negativ plikt, altså en plikt til å la være å utøve myndighet i den grad det ville komme i konflikt med det materielle innholdet i Konvensjonens rettighetsbestemmelser. Enkelte bestemmelser gir imidlertid etter sin ordlyd uttrykk for at de pålegger myndighetene positive plikter, det vil si en plikt til aktivt å utøve offentlig myndighet. Dette gjelder for eksempel artikkel 6 om retten til en rettferdig rettergang. Artikkel 6 gir blant annet en rett til å få brakt rettslige tvister inn for offentlige domstoler, og krever at disse domstolene må være uavhengige og upartiske. Rettspraksis fra Domstolen har vist at dette blant annet innebærer at det settes krav til fremgangsmåten ved utnevnelsen av domstolenes medlemmer, deres virketid og uavsettelse, samt til sammensetningen av disse domstolene.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art 1-10)*. Peer Lorenzen ... [et al]. 2. utgave. København, 2003, s 8.

<sup>10</sup> *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art 1-10)*, s 286 og 287, med videre henvisninger til rettspraksis.

I tillegg har EMD, i visse tilfeller, tolket inn positive forpliktelser i bestemmelser som etter sin ordlyd ikke gir direkte uttrykk for slike forpliktelser. Dette gjelder blant annet for retten til respekt for privatlivet i artikkel 3 og artikkel 8.<sup>11</sup> I denne sammenhengen har Domstolen også åpnet for at statens positive plikter kan omfatte mellomprivate forhold, altså der den krenkende handlingen foretas av en privatperson ovenfor en annen privatperson. Begrepet positive plikter favner ulike typer plikter. Som jeg vil komme nærmere inn på senere i avhandlingen, kan statens positive forpliktelser tenkes å spenne fra en plikt til å oppfylle krav til nasjonal lovgivning og offentlig etterforskning, til iverksettelse av ulike beskyttelsestiltak og et mulig erstatningsansvar. Pieter van Djik, som er en av de fremste autoritetene på Konvensjonens rettslige innhold, har argumentert for at alle Konvensjonens rettigheter i utgangspunktet kan kreve positive tiltak fra statens side for å oppfylle Konvensjonens krav.<sup>12</sup>

Domstolen har flere ganger lagt vekt på at det ikke går et skarpt skille mellom hva som er en positiv og hva som er en negativ plikt. Dette var for eksempel tilfellet i *Keegan mot Irland*, som omhandlet en fars rettigheter til barn født utenfor ekteskap.<sup>13</sup> Avgjørelsen er relevant i forhold til avhandlingens problemstilling, fordi den sier noe generelt om omfanget av statens positive plikter etter artikkel 8. Domstolen uttalte i denne saken at “*the boundaries between the State's positive and negative obligations under this provision [artikkel 8] do not lend themselves to precise definition*”.<sup>14</sup>

Det uklare skillet mellom positive og negative plikter kan også illustreres med problemstillingen som kom opp i *Powell og Rayner mot Storbritannia*.<sup>15</sup> Klagerne, som bodde ved Heathrow Airport, hevdet at deres rett til privatliv etter artikkel 8 var krenket på

---

<sup>11</sup> Se for eksempel *Al-Adsani mot Storbritannia*, RJD 2001-XI, avsnitt 37 og *X og Y mot Nederland*, 1985, Serie A-91, avsnitt 23.

<sup>12</sup> van Djik, Pieter. *‘Positive Obligations’ Implied in the European Convention of Human Rights: Are the States Still the ‘Masters’ of the Convention?* I: *The Role of the Nation-State in the 21<sup>st</sup> Century*. Haag, 1998, s 17-33, på s 32.

<sup>13</sup> *Keegan mot Irland*, 1994, Serie A 290.

<sup>14</sup> Avsnitt 49.

<sup>15</sup> *Powell og Rayner mot Storbritannia*. 1990, Serie A 172.

grunn av massiv støy fra den privateide flyplassen. Også her kom Domstolen med generelle uttalelser om forholdet mellom statens positive og negative plikter etter artikkel 8. Domstolen uttalte at

[w]hether the present case be analysed in terms of a positive duty on the State to take reasonable and appropriate measures to secure the applicants' right under paragraph (1) of article 8 or in terms of an 'interference by a public authority' to be justified in accordance with paragraph (2), **the applicable principles are broadly similar** (min utheving).<sup>16</sup>

Sitatet illustrerer at de samme standardene vil ha betydning uavhengig av hvilket ledd i artikkel 8 et forhold subsumeres under. Dette vil jeg komme tilbake til senere i avhandlingen, i avsnitt 3.2.5 om proporsjonalitetsprinsippet og avsnitt 5.1, som omhandler statens skjønnsmargin.

Spørsmålet om å trekke skillet mellom positive og negative plikter vil være mindre problematisk i forhold til artikkel 3, fordi bestemmelsen er utformet slik at den ikke åpner for at staten på angitte vilkår kan begrense rettighetens innhold, slik tilfellet er for artikkel 8. Dette gjør at det er teknisk lettere å skille mellom når staten har en positiv plikt, altså at staten aktivt plikter å fatte tiltak for å sikre rettigheten til frihet fra tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling, og når plikten er negativ.

## 2.2 Tredjepartsvirkninger av konvensjonsforpliktelser

Litteratur som behandler spørsmålet om statens ansvar for privates handlinger betegner ofte dette som et spørsmål om Konvensjonens *Drittwirkung*.<sup>17</sup> Begrepet stammer fra tysk forfatningsrett, hvor det siden femtitallet har pågått en teoretisk diskusjon om hvorvidt rettighetene i den tyske grunnloven (Grundgesetz) kan anvendes direkte mellom private

---

<sup>16</sup> Avsnitt 41.

<sup>17</sup> Clapham, Andrew. *The 'Drittwirkung' of the Convention*. I: The European System for the Protection of Human Rights. Redigert av R. St. J. Macdonald, F. Matscher og H. Petzold. Dordrecht, 1993, s 163-206, på s 163. Siobhán McInerney. *The ECHR and the Private Domain*. I: Renegotiating Westphalia. Redigert av Christopher Harding og C.L. Lim. Haag, 1999. Kap 10, s 307 flg.

parter.<sup>18</sup> *Drittwirkung*-læren gjelder imidlertid et rettslig instrument som er vesentlig annerledes enn EMK.<sup>19</sup> Det kan også synes som om bruken av dette begrepet til en viss grad har bidratt til å tilsløre hva som er problemstillingen i forhold til EMK.<sup>20</sup> I denne avhandlingen vil derfor det mer nøytrale begrepet *tredjepartsvirkning* bli brukt som betegnelse på diskusjonen om hvorvidt staten kan holdes ansvarlig for mellomprivat adferd etter Konvensjonen.

Etter EMK artikkel 34, jfr artikkel 1, er det ikke adgang til å klage individer inn for Domstolen. Dette utelukker at privatpersoner kan holdes direkte ansvarlige for brudd på Konvensjonen. Med begreper fra diskusjoner inspirert av den tyske konstitusjonelle teorien, kan man si at Konvensjonen ikke godtar direkte, horisontal eller umiddelbar tredjepartsvirkning.<sup>21</sup> Domstolen har imidlertid, som vi allerede har sett, lagt til grunn at de statene som har ratifisert Konvensjonen kan bli holdt ansvarlige for privates handlinger. Dette kan omtales som indirekte, vertikal eller middelbar tredjepartsvirkning.<sup>22</sup>

Indirekte tredjepartsvirkning medfører at statene holdes ansvarlige for at Konvensjonens bestemmelser overholdes på det nasjonale plan, også i forholdet mellom private.<sup>23</sup> I denne avhandlingen fokuseres det på hvilke handlingsplikter dette konkret kan dreie seg om. Dette kan illustreres med saken *X og Y mot Nederland*, hvor den nederlandske staten ble pålagt en plikt til å fatte tiltak for å sikre respekt for privatliv også for overgrep begått i den private sfære.

I *X og Y mot Nederland* var en psykisk utviklingshemmet jente blitt voldtatt av svigersønnen til bestyrerinnen på institusjonen der hun oppholdt seg. Den aktuelle bestemmelsen i Nederlands straffelov krevde privat påtale fra ofre over 16 år. *Y* var, på grunn av sin mentale tilstand, ikke i stand til å anmelde overgrepet og nederlandsk

---

<sup>18</sup> Nørregaard, Marianne. *Menneskerettighedskonventionens anvendelse mellem private*. København, 2004, s 136.

<sup>19</sup> Nørregaard, s 220 flg. McInerney, s 308.

<sup>20</sup> Clapham, *The Drittwirkung ...*, s 163.

<sup>21</sup> McInerney, s 308 flg.

<sup>22</sup> McInerney, s 308 flg.

<sup>23</sup> Clapham, Andrew. *Human Rights in the Private Sphere*. Oxford, 1993, s 181.

prosesslovgivning tillot ikke at hennes far, X, gjorde det på hennes vegne. Den nederlandske anke-domstolen kom frem til at bestemmelsen, til tross for den spesielle situasjonen, ikke kunne tolkes dit hen at farens anmeldelse var tilstrekkelig.<sup>24</sup> Resultatet var at overgriperen ikke kunne holdes strafferettslig ansvarlig for voldtekten. Domstolen kom frem til at artikkel 8 var krenket og uttalte at

Article 8 does not merely compel the state to abstain from interference: in addition to this primarily negative undertaking there may be positive obligations inherent in the effective respect for private and family life ... These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even **in the sphere of the relations between individuals**.<sup>25</sup>

Uttalelsen kom i 1985 og har siden blitt gjentatt en rekke ganger av Domstolen.<sup>26</sup> Den er et viktig grunnlag for diskusjoner om statenes positive forpliktelser i mellomprivate forhold.

Det kan diskuteres hvorvidt indirekte tredjepartsvirkninger har vært en del av Konvensjonens rettigheter og plikter siden den ble opprettet, eller om disse er et resultat av en utviklende tolking av Konvensjonen. van Dijk og van Hoof uttaler at “[i]t is beyond doubt that the problem of *Drittwirkung* was not taken into account when the Convention was drafted, if it played any part at all in the discussions”.<sup>27</sup>

Videre gir ingen av bestemmelsene i Konvensjonen direkte uttrykk for tredjepartsvirkninger. Samtidig er det heller intet som uttrykkelig forhindrer en slik

---

<sup>24</sup> Avsnitt 12.

<sup>25</sup> Avsnitt 23.

<sup>26</sup> Se for eksempel *Stubbings mot Storbritannia*, avsnitt 62, *Botta mot Italia*, RJD 1998-I, avsnitt 33, *von Hannover mot Tyskland*, 21. juni 2004, (ikke publisert) saksnr: 59320/00, avsnitt 57 og *M.C. mot Bulgaria*, avsnitt 150.

<sup>27</sup> van Dijk, Pieter og van Hoof, G.J.H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Haag, 1998., s 24 flg. Tilsvarende Nørregaard s 186. Se også Teitgen, P. H. *Introduction to the European Convention on Human Rights*. I: The European system for the Protection of Human Rights. Redigert av Macdonald, F. Matscher og H. Petzold. Dordrecht, 1993, s 3-15, s 10.

forståelse.<sup>28</sup> EMK kan derfor også forstås dit hen at tredjepartsvirkningene har vært en naturlig del av Konvensjonens bestemmelser siden opprettelsen, men at det tok litt tid før problemstillingen kom opp for håndhevelsesorganene.<sup>29</sup>

Uavhengig av synspunkt på tredjepartsvirkningenes opphav, bør man imidlertid kunne enes om at deres virkeområde gradvis er blitt utvidet. Statsansvar for privat vold mot kvinner er ikke nevnt i Konvensjonen, likevel utgjør dette, etter mitt syn, en viktig del av Konvensjonens forpliktelser i dag.

Konsekvensen av de tredjepartsvirkninger Domstolen har gitt uttrykk for, er at staten blir ansvarlig for en handling den ikke har vært direkte involvert i. Staten kan imidlertid i liten grad fysisk forhindre at privatpersoner krenker de rettighetene Konvensjonen gir. Spørsmålet blir derfor for det første om staten overhodet har et ansvar for seksuelle overgrep mellom private, og for det andre hva slags tiltak man eventuelt kan kreve av staten i forkant eller i etterkant av et overgrep. Disse problemstillingene behandles i henholdsvis kapittel 4 og 5 nedenfor.

### 2.3 Seksuell vold som krenkelse av artiklene 3 og 8

Spørsmålet om *hva som skal til* for at en handling omfattes av det saklige virkeområdet for bestemmelsene er i utgangspunktet litt på siden av avhandlingens sentrale problemstilling. For å få en forståelse av i hvilke tilfeller statens forpliktelser inntreffer og seksuell vold saklig sett faller innenfor bestemmelsene, skal jeg likevel skissere kravene artiklene 3 og 8 stiller til selve handlingen og vise hvordan Domstolen har plassert krenkelser i form av fysisk seksuell vold. Jeg starter med artikkel 3, deretter følger en kort redegjørelse for artikkel 8.

#### 2.3.1 Artikkel 3

Artikkel 3 lyder i autentisk engelsk versjon:

No one shall be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment.

---

<sup>28</sup> van Dijk og van Hoof, s 25.

<sup>29</sup> Se for eksempel *M.C. mot Bulgaria*, avsnitt 154 flg.



Konvensjonens artikkel 3 er etter sin ordlyd en absolutt rettighet. Dette innebærer at offentlige myndigheter ikke kan innskrenke de rettighetene bestemmelsen gir. Dette gjelder både i normalsituasjoner og i krigs- eller krisetilfeller, jfr artikkel 15(2).<sup>30</sup> Bestemmelsens rekkevidde er blitt klarlagt gjennom rettspraksis, og innholdet av de ulike alternativene kan oppsummeres slik: Tortur er forsettelig umenneskelig behandling som forårsaker svært alvorlig og grusom lidelse, mens umenneskelig behandling eller straff forårsaker intens fysisk og psykisk lidelse.<sup>31</sup> Domstolen har uttalt at grensen mellom tortur og umenneskelig behandling i hovedsak må dras på grunnlag av intensiteten i den påførte lidelsen.<sup>32</sup> Nedverdiggende behandling, som er den minst graverende form for behandling som rammes av artikkel 3, “*arouse in their victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance*”.<sup>33</sup>

En handling må overstige en viss minstestandard før den kan krenke artikkel 3. Denne standarden er til en viss grad relativ og vil variere fra sak til sak. Domstolen har blant annet lagt vekt på handlingens varighet og de fysiske og psykiske virkningene av handlingen. I tillegg kan offerets kjønn, alder og helsetilstand være av betydning.<sup>34</sup> I tillegg har Domstolen gitt uttrykk for at hensynene bak artikkelen og Konvensjonen blir spesielt viktige ved fastleggelsen av bestemmelsens innhold fordi ordlyden er formulert så knapt og generelt.<sup>35</sup> Dette vil få betydning i forhold til vurderingen av seksuell vold, som jo befinner seg i kjerneområdet for artikkel 3s beskyttelse; nemlig ivaretagelse av individets verdighet og fysiske integritet.<sup>36</sup>

---

<sup>30</sup> *Irland mot Storbritannia*, avsnitt 163. Addo, Michael K. og Nicholas Grief. *Does Article 3 on The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?* I: *European journal of international law*. Vol. 9, afl. 3, 1998, s 510-524, kritiserer oppfatningen av artikkel 3 som en absolutt rettighet.

<sup>31</sup> *Irland mot Storbritannia*, 1978, Serie A 25, avsnitt 167.

<sup>32</sup> *Irland mot Storbritannia*, avsnitt 167.

<sup>33</sup> *Irland mot Storbritannia*, avsnitt 167.

<sup>34</sup> Se for eksempel *Irland mot Storbritannia*, avsnitt 162.

<sup>35</sup> *Soering mot Storbritannia*, 1989, Serie A 161, avsnitt 88.

<sup>36</sup> *Tyrer mot Storbritannia*, avsnitt 33.

Jeg vil nå se på i hvilken grad EMD har ansett seksuell vold som tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling i artikkel 3s forstand. De sakene Domstolen har avgjort så langt, har dreid seg om seksuelle overgrep mot mindreårige. Det er derfor vanskelig å si sikkert hvor Domstolen vil trekke grensen for artikkel 3 ved overgrep mot voksne kvinner. I det følgende skal jeg forsøke å belyse hvor grensen kan gå ved kort å omtale fire saker.

I *Aydin mot Tyrkia* ble en 17 år gammel jente voldtatt og utsatt for andre ”*particularly terrifying and humiliating experiences*” mens hun ble holdt i varetekt.<sup>37</sup> Dette ble av Domstolen ansett for å være tortur i artikkel 3s forstand. Domstolen viste til den fysiske og psykiske volden, og uttalte at “*the Court would have reached this conclusion on either of these grounds taken separately*”.<sup>38</sup> Dette er det lengste Domstolen har gått i å si at voldtekt kan være tortur. Forbudet mot tortur ansees for å være jus cogens, det vil si en ufravikelig folkerettslig norm.<sup>39</sup> Det kan følgelig argumenteres for at seksuell vold, i den grad det har status som jus cogens, har et unikt vern i folkerettslig sammenheng.<sup>40</sup>

*M.C. mot Bulgaria* gjaldt også voldtekt. Her var en 14 år gammel jente blitt voldtatt av to bekjente to ganger på samme kveld. Domstolen diskuterte ikke grensegangen mellom artikkel 3 og 8, men kom til at dette utgjorde en krenkelse av begge bestemmelsene.<sup>41</sup>

I *E mfl. mot Storbritannia* var ofrene fire søsken, som alle var blitt utsatt for vold fra morens samboer over perioder på minimum ti år.<sup>42</sup> For de tre jentenes del inkluderte mishandlingen også seksuelle overgrep som beføling, masturbasjon og oralsex. En av jentene ble voldtatt én gang. En annen ble voldtatt gjentatte ganger.<sup>43</sup> Domstolen kom til at overgrepene utgjorde en krenkelse av artikkel 3 i form av umenneskelig og nedverdiggende behandling.<sup>44</sup>

---

<sup>37</sup> *Aydin mot Tyrkia*, avsnitt 83 og 84.

<sup>38</sup> Avsnitt 86.

<sup>39</sup> Se avsnitt 3.1.3.

<sup>40</sup> Se avsnitt 3.1.3 om hvorvidt forbudet mot seksuell vold i seg selv kan sies å ha status som jus cogens.

<sup>41</sup> *M.C. mot Bulgaria*, avsnitt 187.

<sup>42</sup> *E mfl. mot Storbritannia*, 26. november 2002, (Ikke publisert) saksnr: 33218/96.

<sup>43</sup> Avsnitt 43.

<sup>44</sup> Avsnitt 89.

*D.P og J.C mot Storbritannia* omhandlet også seksuelt misbruk av barn.<sup>45</sup> I denne saken var en søster og bror blitt misbrukt regelmessig av sin stefar, begge i perioder på rundt åtte år. Misbruket av *D.P* besto blant annet av beføling av bryster og vagina, masturbasjon, oralsex og voldtekt.<sup>46</sup> *J.C* ble masturbert av stefaren og tvunget til selv å masturbere sin stefar. Ved noen anledninger ble han også tvunget til å beføle sin tvillingsøster Js vagina, og hun ble tvunget til å masturbere ham.<sup>47</sup> I denne saken ble det ikke bestridt at misbruket av barna falt inn under artikkel 3.<sup>48</sup>

### 2.3.2 Artikkel 8

Artikkel 8 er bygget opp slik at første ledd gir uttrykk for hvilke interesser bestemmelsen beskytter, mens annet ledd sier når og hvordan offentlige myndigheter kan begrense disse uten at inngrepet vil være konvensjonsstridig. Bestemmelsen krever respekt for privatlivet, og Domstolen har tolket det slik at bestemmelsen pålegger staten både positive og negative plikter.<sup>49</sup> Artikkel 8 lyder i autentisk engelsk versjon:

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Det finnes lite praksis fra Domstolen som omhandler seksuell vold i forhold til artikkel 8, og i den som finnes er faktum ofte sammensatt og krenkelsene strekker seg over en lengre periode. I tillegg omhandler den rettspraksis jeg har funnet, her som under artikkel 3, saker hvor ofrene har vært mindreårige. Det er derfor uklart hva som kreves for at artikkel 8 er

---

<sup>45</sup> *D.P og J.C mot Storbritannia*, 10. oktober 2002. Ikke publisert, saksnummer: 38719/97.

<sup>46</sup> Avsnitt 66.

<sup>47</sup> Avsnitt 68.

<sup>48</sup> Avsnitt 106, jfr avsnittene 64, 66 og 68.

<sup>49</sup> Se avsnitt 2.1 ovenfor.

krenket ved overgrep mot kvinner. Domstolen har imidlertid vært klar på at voldtekt er et inngrep i privatlivet som krenker artikkel 8.<sup>50</sup> I *Stubbings mfl. mot Storbritannia* ga Domstolen også uttrykk for at seksuelle overgrep som ikke inkluderte voldtekt innebar en krenkelse av artikkel 8. Saken omhandlet fire jenter som alle var blitt seksuelt misbrukt over perioder på mellom tre og tolv år.<sup>51</sup> Tre av jentene var også blitt voldtatt. Det dreide seg blant annet om "*acts of indecency ... of a serious nature*" og "*serious assaults of a sexual nature*".<sup>52</sup> Det var også blitt tatt pornografiske bilder av den ene klageren.<sup>53</sup> Domstolen uttalte at "*Article 8 ... is clearly applicable to these complaints, which concern a matter of "private life", a concept which covers the physical and moral integrity of the person*".<sup>54</sup> Artikkel 3 ble ikke vurdert i denne saken.

Domstolen har uttalt at terskelen for å krenke artikkel 3 er høyere enn for artikkel 8.<sup>55</sup> Bestemmelsene kan imidlertid også anvendes ved siden av hverandre, slik vi så i *M.C. mot Bulgaria*. I slike tilfeller mener Jørgen Aall det må benyttes "*gjengse konkurransvurderinger*" for å se på hvorvidt det er mulig å få "*gitt uttrykk for flere sider ved det bebreidelsesverdige forhold ved å anvende begge bestemmelser*".<sup>56</sup> Når det gjelder seksuell vold, har Kommisjonen gjort det klart at det går et skille mellom artikkel 3 og 8. Dette skjedde i *X og Y mot Nederland*, hvor Domstolen senere kom til samme konklusjon som Kommisjonen. Kommisjonen uttalte at "*sexual abuse and inhuman or degrading treatment –even though they may overlap in individual cases –are by no means congruent concepts*".<sup>57</sup> Dette betyr at seksuell vold ikke automatisk innebærer en krenkelse av artikkel 3, men at voldsutøvelsen må vurderes i forhold til begge bestemmelsene i hvert enkelt tilfelle.

---

<sup>50</sup> *X og Y mot Nederland*, avsnitt 21.

<sup>51</sup> Avsnittene 8-27.

<sup>52</sup> Avsnitt 9 og 16.

<sup>53</sup> Avsnitt 16.

<sup>54</sup> Avsnitt 61.

<sup>55</sup> *Raninen mot Finland*, RJD 1997-VIII, avsnitt 63.

<sup>56</sup> Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. Bergen, 2004, s 171.

<sup>57</sup> *X og Y mot Nederland*. Kommisjonens rapport av 5. juli 1983, utdrag vedlagt Domstolens avgjørelse 1985, Serie A 91, avsnitt 95.

For å oppsummere, er det konstatert i rettspraksis at voldtekt av en jente i varetekt krenket artikkel 3, to voldtekter av en jente i private omgivelser krenket både artikkel 3 og artikkel 8, mens voldtekt av en psykisk utviklingshemmet jente på institusjon innebar en krenkelse av artikkel 8.<sup>58</sup> Av dette ser vi at det ikke bare er selve handlingen som avgjør hvilken bestemmelse den faller under, men også andre forhold. Det samme gjør seg gjeldende for regelmessig seksuelt misbruk over lengre perioder.<sup>59</sup> Vi har sett at det er det vanskelig å trekke klare skillelinjer mellom anvendelsen av artikkel 3 og artikkel 8 ut fra de retningslinjer Domstolens rettspraksis har stillet opp. Hvorvidt det er artikkel 3 eller artikkel 8 som er krenket kan naturlig nok ha betydning for hvilke positive forpliktelser staten pålegges. Uklarhet rundt anvendelsen av bestemmelsene vil kunne gjøre det vanskelig å si når de ulike forpliktelsene inntreffer for staten.

## 2.4 Feministiske perspektiver på internasjonale menneskerettigheter

Feministisk rettsteori har kritisert internasjonale menneskerettigheter for ikke å ta tilstrekkelig hensyn til krenkelser som bare, eller i stor grad, rammer kvinner. Ett eksempel på slike krenkelser er seksualisert vold. Kritikken fra disse feministiske teoretikernes side er ikke entydig,<sup>60</sup> men én grunnleggende innvending er at selve strukturen i menneskerettssystemene har patriarkalske trekk. En av forklaringene på dette kan være at de internasjonale menneskerettighetene først og fremst ble utformet av menn fra den vestlige, utviklede del av verden, og at menneskerettighetene derfor gjenspeiler de krenkelsene disse mennene fryktet mest. Samtidig har de krenkelser verdens kvinner frykter i liten grad kommet til uttrykk i konvensjonenes rettighetsbeskrivelser.<sup>61</sup> Sentralt her står kritikk av skillet mellom den offentlige og den private sfære i internasjonale menneskerettigheter. Litteratur som omhandler tredjepartsvirkninger av EMK har også viet

---

<sup>58</sup> Henholdsvis *Aydin mot Tyrkia*, *M.C. mot Bulgaria* og *X og Y mot Nederland*.

<sup>59</sup> *E mfl. mot Storbritannia*, *D.P og J.C mot Storbritannia* og *Stubbings mfl. mot Storbritannia*. Hva slags forhold dette dreier seg om og hvordan ulike forhold stiller seg til hverandre er utvilsomt et interessant (og lite belyst) tema, men det faller utenfor rammen av denne avhandlingen å redegjøre ytterligere for dette.

<sup>60</sup> For en oversikt over ulike retninger innen feministisk juridisk teori, se for eksempel Engle, Karen. *International Human Rights and Feminism: When Discourses Keep Meeting*. I: *International Law -Modern Feminist Approaches*. Redigert av Doris Buss og Ambreena Manji. Portland, Oregon, 2005, s 47 flg.

<sup>61</sup> Bunch, Charlotte. *Transforming Human Rights from a Feminist Perspective*. I: *Women's Rights, Human Rights -International Feminist Perspectives*. Redigert av Julie Peters og Andrea Wolper. New York og London, 1995, s 11 flg.

plass til skillet mellom den offentlige og den private sfære, og den feministiske kritikken er derfor av spesiell interesse i forhold til min problemstilling.<sup>62</sup>

Flere hevder skillet mellom den offentlige og den private sfære bunner i at internasjonal rett, i liberalistisk ånd, tradisjonelt har beskjeftiget seg med den offentlige sfære og unnlatt å regulere den private.<sup>63</sup> Feministisk rettsteori har kritisert denne grensdragningen for å støtte opp om et patriarkalsk system som fører til strukturell ulikhet mellom kjønnene. Dette systemet sentrerer internasjonal rett og menneskerettighetene rundt staten, og fokuserer på individets rettigheter ovenfor offentlige myndigheter. Sivile og politiske rettigheter har blitt viet spesielt stor oppmerksomhet. Samtidig har rettigheter i den private sfære ikke blitt regulert, idet det har blitt sett på som et ideal at staten ikke skal bestemme over folks privatliv.<sup>64</sup>

Skillet mellom den offentlige og den private sfære kan antas å være resultatet av en politisk prosess, som reflekterer økonomiske, sosiale og politiske maktforhold.<sup>65</sup> Grensen er trukket slik at den i stor grad følger tradisjonelle europeiske kjønnsrollemønstre. Dette kan henge sammen med at frykten til de menn som først utformet menneskerettighetene ikke var krenkelser i den private sfære, de var allerede "*masters of that territory*"; det de fryktet var inngrep fra det offentlige.<sup>66</sup> På denne måten kan man si at menneskerettighetene har bidratt til å gjøre den offentlige sfære viktigere enn den private og at de har favorisert rettighetene til dem som oppholder seg der.

Siden familien og andre private rom er åstedet for mange overgrep mot kvinner, kan det ut fra dette feministiske perspektivet argumenteres for at kvinner og kvinners rettigheter blir marginalisert. For eksempel kan kjønnsbasert vold i nære relasjoner defineres som et privat

---

<sup>62</sup> McInerney, s 299 flg.

<sup>63</sup> O'Donovan, Katherine. *Sexual division in law*. I: Sourcebook on Feminist Jurisprudence. Redigert av Hilaire Barnett. 1997, på s 146 flg.

<sup>64</sup> Sullivan, Donna. *The Public/ Private Distinction in International Human Rights Law*. I: Women's Rights, Human Rights. International Feminist Perspectives. Redigert av Julie Peters og Andrea Wolper. 1995, s 126-134.

<sup>65</sup> Sullivan, s 128.

<sup>66</sup> Bunch, s 13.

anliggende som befinner seg utenfor internasjonal kontroll.<sup>67</sup> Dette til tross for at volden som utøves kan sammenliknes med handlinger som regnes som tortur når de utføres av representanter for staten.<sup>68</sup> Denne argumentasjonen er interessant ved vurderingen av EMK, i og med at seksuelle overgrep rammer kvinner i større grad enn menn også innen europarådslandene. Dette vil jeg komme tilbake til i avsnitt 6.2.

---

<sup>67</sup> Chinkin, Christine. *A Critique of the Public/ Private Dimension*. EJIL. 1999, Vol. 10 No 2, s 387-395.

<sup>68</sup> Copelon, Rhonda. *Intimate terror: Understanding Domestic Violence as Torture*. I: Human Rights of Women. National and International Perspectives, s 116 flg.

### 3 Særskilte rettskilde- og metodespørsmål

I dette kapittelet vil jeg redegjøre for de kilder og den metode Domstolen anvender. Dette er viktig fordi avhandlingens metode i stor grad forutsetter kunnskap om Domstolens metode.

Fremstillingen nedenfor er ikke ment å være uttømmende, men er rettet mot de kildene og de trekkene ved metoden som er sentrale i forhold til avhandlingens analyser.

Fremstillingen vil derfor fokusere spesielt på internasjonale kvinneverettslige instrumenters betydning for tolkingen av EMK. Internasjonale instrumenter som spesielt regulerer kvinners rettigheter er viktige for en helhetlig fremstilling av det internasjonale rettslige bildet Konvensjonen er en del av. Helheten er av betydning både fordi internasjonal rett generelt er relevant ved tolking av EMK og fordi de argumenter som fremføres kan ha selvstendig betydning også i EMK-rettslig sammenheng. Kvinneperspektivet representerer dessuten en viktig del av samfunnsutviklingen, som igjen kan ha betydning for hvordan bestemmelsene i EMK fortolkes.<sup>69</sup> FNs Kvinnekonvensjon må sies å utgjøre den mest omfattende rettslige reguleringen av kvinners menneskerettigheter internasjonalt. Dette gjør denne konvensjonen spesielt interessant ved drøftelse av menneskerettskrenkelser som i stor grad er kjønns spesifikke, også i forhold til EMK.

I løpet av de siste tiårene har kvinners menneskerettigheter i økende grad blitt satt på den internasjonale dagsorden. Likevel er det lite litteratur og rettspraksis som behandler spørsmål knyttet til EMK i et kvinneperspektiv. For eksempel berører teoretikere som skriver om statsansvaret i EMK svært sjelden statenes plikt til å beskytte kvinner mot seksuell vold mellom private. Dette har gjort det nødvendig å gå relativt grundig inn på enkelte av kildenes betydning for tolkingen av EMK (avsnitt 3.1). Mangelen på litteratur og rettspraksis gjør også at det reiser seg enkelte særskilte tolkingsspørsmål i forhold til

---

<sup>69</sup> Se avsnitt 3.2.4.



avhandlingens problemstilling. Disse behandles i avsnitt 3.2. Også her har det vist seg å være nødvendig å foreta enkelte dypdykk.

### 3.1 EMDs rettskilder

Domstolen avgjør kun enkeltsaker og har således ingen uttalt rettskildelære.<sup>70</sup> Min redegjørelse for dens rettskildebruk baserer seg på rettspraksis og juridisk litteratur. Det er sagt at

[d]et problematiske for læseren af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols domme er ... at det kan være vanskelig at se, hvilket af de mange argumenter, der bliver drøftet i præmisserne, der er de afgørende. Dette og de mange dissenser gør det vanskeligere at bestemme, hvad man kan udlede af en bestemt dom.<sup>71</sup>

Dette gjelder spesielt med tanke på hvilken vekt Domstolen tillegger de ulike rettskildene.

#### 3.1.1 Avgjørelser fra Kommisjonen og Domstolen

Det er to autoritative fortolkere av Konvensjonen på det folkerettslige plan; Domstolen (tidligere også Kommisjonen)<sup>72</sup> og medlemsstatene når de opptrer på det folkerettslige plan, blant annet gjennom Europarådets Ministerkomite.<sup>73</sup> Domstolen har størst autoritet, både i kraft av å være en domstol og etter Konvensjonen. Artiklene 19 og 32 gir implisitt uttrykk for at Domstolens "*tolkning og anvendelse av konvensjonen*" er autoritativ.<sup>74</sup> I tillegg kan det nok sies at tilleggsprotokoll 11 ga Domstolen en særlig autoritet som fortolker, idet den opprettet en permanent menneskerettsdomstol.

---

<sup>70</sup> EMK artikkel 47 gir Domstolen anledning til å komme med rådgivende uttalelser vedrørende tolking av Konvensjonen, men dette har så langt ikke skjedd.

<sup>71</sup> Nørregaard, s 116.

<sup>72</sup> Før 1. november 1998 var Domstolens oppgaver delt mellom Den Europeiske Menneskerettsskommisjon- og domstol, og Europarådets Ministerkomite. Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby (11. mai 1994), avskaffet det tidligere tosporede systemet med kommisjon og domstol, og opprettet en permanent domstol. Europarådets Ministerkomite består av utenriksministre i de 46 medlemslandene i Europarådet.

<sup>74</sup> Artikkel 32(1).

Domstolen har ingen uttalt prejudikatslære, men den er likevel tilbakeholden med å fravike egne avgjørelser.<sup>75</sup> I *Christine Goodwin mot Storbritannia* uttalte Domstolen at

[w]hile the Court is not formally bound to follow its previous judgments, it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases.<sup>76</sup>

Domstolen har også uttalt at den ikke kan utelukke at en avgjørelse i en sak, kan få betydning i senere saker.<sup>77</sup> Ikke sjelden siterer dessuten Domstolen lengre utdrag fra tidligere dommer og utvikler på den måten faste retningslinjer. Avgjørelser fra Domstolen vil således være en viktig kilde for forståelsen av EMK, og de vil også være av sentral betydning for avhandlingens problemstilling.

### 3.1.2 Avgjørelser fra internasjonale organer

Avgjørelser fra andre internasjonale organer kan være av betydning for tolkingen av EMK. I *Al-Adsani mot Storbritannia* uttalte Domstolen at "[t]he Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part".<sup>78</sup> I denne saken la Domstolen blant annet vekt på praksis fra Den internasjonale straffedomstolen for det tidligere Jugoslavia (ICTY).<sup>79</sup> Et annet eksempel kan hentes fra *M.C. mot Bulgaria*, hvor Domstolen la vekt på hvordan ICTY har definert voldtekt.<sup>80</sup> Avgjørelser fra Den internasjonale domstol vil også være relevante.<sup>81</sup>

Videre har Domstolen lagt vekt på avgjørelser organer som overser etterlevelsen av ulike FN-konvensjoner og regionale menneskerettighetskonvensjoner har fattet i enkeltsaker. I

---

<sup>75</sup> Starmer, Keir. *European Human Rights Law –the Human Rights Act 1998 and the European Convention on Human Rights*. London, 1999, s 36.

<sup>76</sup> *Christine Goodwin mot Storbritannia*, 2002, RJD 2002-VI, avsnitt 74.

<sup>77</sup> *Pretty mot Storbritannia*, RJD 2002-III, avsnitt 75.

<sup>78</sup> *Al-Adsani mot Storbritannia*, avsnitt 55.

<sup>79</sup> The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.

<sup>80</sup> *M.C. mot Bulgaria*, avsnitt 102- 107, jfr avsnitt 156 flg.

<sup>81</sup> *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia*. 4. februar 2005. Ikke publisert, saksnummer 46827/99; 46951/99. Avsnitt 112.

*Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia*, som dreide seg om virkningen av at en midlertidig forføyning ("*interim measures*") ikke var overholdt, uttalte Domstolen at

[t]he Court must determine the responsibility of the States in accordance with the principles of international law governing this sphere, while taking into account the special nature of the Convention as an instrument of human-rights protection ... Thus, the Convention must be interpreted so far as possible consistently with the other principles of international law of which it forms a part.<sup>82</sup>

Deretter utdypet Domstolen hvordan "*[d]ifferent rules apply to interim, provisional or precautionary measures, depending on whether the complaint is made under the individual-petition procedures of the United Nations organs, or the Inter-American Court and Commission*".<sup>83</sup> Domstolen så blant annet på hvordan disse organene har løst liknende spørsmål i sine avgjørelser av enkeltsaker og brukte det som et argument i sin tolking av Konvensjonen.<sup>84</sup> Det er dermed klart at avgjørelser i enkeltsaker fra organer som overser etterlevelsen av ulike FN-konvensjoner og regionale menneskerettighetskonvensjoner, som Den inter-amerikanske kommisjon og Den inter-amerikanske domstol for menneskerettigheter, kan ha betydning for tolkingen av EMK.<sup>85</sup> I forhold til avhandlingens tema er det særlig avgjørelser fra FNs Kvinnekomite som kan være av betydning. Kvinnekomiteen er et ekspertorgan som har oppsyn med utviklingen i de landene som har ratifisert FNs Kvinnekonvensjon (heretter "Kvinnekonvensjonen" eller "CEDAW"). Den kommer med generelle uttalelser om hvordan Kvinnekonvensjonen skal forstås.<sup>86</sup> Komiteen har etter en tilleggsprotokoll til konvensjonen også adgang til å motta og avgjøre klager fra enkeltpersoner og grupper vedrørende krenkelser av konvensjonen.<sup>87</sup> EMD har

---

<sup>82</sup> Avsnitt 111.

<sup>83</sup> Avsnitt 112.

<sup>84</sup> Avsnittene 113-117 og 124.

<sup>85</sup> Se også avsnittene 114-116 og 124.

<sup>86</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW). A/RES/34/180 (18. desember 1979).

<sup>87</sup> Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. A/RES/54/4 (15. oktober 1999).

så langt ikke vist til avgjørelser herfra, noe som nok kan forklares med at Kvinnekomiteen per i dag kun har avgjort to enkeltsaker.<sup>88</sup>

### 3.1.3 Folkerettslig sedvanerett

Som nevnt ovenfor er internasjonal rett av betydning ved tolkingen av Konvensjonen. Dette innebærer også at folkerettslig sedvanerett og det rettslige innholdet i ordlyden i traktater vil være relevante rettskilder for EMD. Forholdet til traktater, spesielt FNs Kvinnekonvensjon, og andre internasjonale instrumenter behandles nedenfor i avsnittene 3.1.4, 3.1.5 og 3.1.6.

I denne avhandlingen er det relevant å se nærmere på hvilken status forbudet mot seksuell vold har i folkerettslig sedvanerett. Patricia Viseur Sellers har stilt spørsmål om forbudet mot seksuell vold i dag er å anse som folkerettslig sedvanerett, herunder om det kan sies å være en ufravikelig internasjonal norm, såkalt *jus cogens*.<sup>89</sup> I ufravikelig ligger det at internasjonal rett ikke tillater brudd på normen under noen omstendigheter.

Wienkonvensjonen om traktatretten, som kodifiserer enkelte internasjonale regler om hvordan en traktat blir til og skal tolkes, stiller i artikkel 53 opp vilkårene for at en norm kan ansees for å være *jus cogens*;

[p]eremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of states as a whole as a norm from which no derogation is permitted, and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.<sup>90</sup>

På bakgrunn av disse vilkårene, og etter en gjennomgang av krigens folkerett og internasjonale menneskerettigheter, konkluderer Sellers med at seksuell vold, og særlig

---

<sup>88</sup> En oversikt over Kvinnekomiteens avgjørelser finnes på internettsidene til *Division for the Advancement of Women*, WomenWatch, United Nations Inter-Agency Network on Women and Gender Equality (IANGWE), <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/dec-views.htm> [besøkt 18.10.05].

<sup>89</sup> Sellers, Patricia Viseur. *Sexual Violence and Peremptory norms: the Legal Value of Rape*. Case Western Reserve Journal of International Law. Vol. 34, issue 3, 2002, s 287-303. Generelt om *jus cogens*; Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. 6. utgave, Oxford, 2003, s 488 flg.

<sup>90</sup> The Vienna Convention on the Law of Treaties. 23. mai 1969, artikkel 53.

voldtekt, inngår som et element i flere typer krenkelser som har status som jus cogens, herunder tortur, folkemord og slavehold.<sup>91</sup> Slik sett har forbudet mot seksuell vold en viss forankring i jus cogens, uten at det dermed er grunnlag for å si at forbudet mot seksuell vold i seg selv har en slik status.<sup>92</sup> Sellers mener det heller ikke er grunnlag for å si at forbudet mot voldtekt er folkerettslig sedvanerett. Hun klassifiserer forbudet mot voldtekt i krig som folkerettslig sedvanerett ("*a general norm*"), mens forbudet i fredstid ikke synes å være klart uttrykt i internasjonal rett.<sup>93</sup> Dette kan synes paradoksalt når man tar i betraktning at alle nasjonale rettssystemer i dag forbyr voldtekt. Nasjonal rett kan imidlertid ikke gi grunnlag for folkerettslig sedvanerett.<sup>94</sup>

For avhandlingens problemstilling er det av betydning at også EMD anser tortur som jus cogens,<sup>95</sup> og at den anerkjenner at seksuell vold i gitte tilfeller kan være tortur.<sup>96</sup> På bakgrunn av de konklusjonene Sellers har kommet til, kan vi i utgangspunktet se bort fra folkerettslig sedvane og jus cogens som tolkningsfaktorer av betydning for avhandlingens problemstilling. Ett viktig unntak må riktig nok gjøres; i den grad forbudet mot seksuell vold ansees som tortur, er det å anse som en ufravikelig internasjonal norm.

#### 3.1.4 FNs Kvinnekonvensjon

At EMK så langt som mulig skal tolkes i samsvar med annen internasjonal rett (se avsnittene 3.1.2 og 3.1.3 ovenfor), innebærer at andre traktater er relevante ved fastleggelsen av hvor langt Konvensjonens rettigheter og plikter rekker. Paul Mahoney mener det er essensielt å se Konvensjonen i sammenheng med resten av det internasjonale samfunn, og har uttalt at

---

<sup>91</sup> S 294-296. Se også Copelon, s 116 flg.

<sup>92</sup> Sellers, s 303. Sellers spør også hvorfor seksuell vold ikke har status som jus cogens; en problemstilling som utvilsomt fortjener oppmerksomhet, men som jeg ikke har anledning til å gå nærmere inn på i denne avhandlingen.

<sup>93</sup> S 302-303.

<sup>94</sup> Sellers, s 302.

<sup>95</sup> *Al-Adsani mot Storbritannia*, avsnitt 61.

<sup>96</sup> Se drøftelsen i avsnitt 2.3.1.

the ECHR is above all about "law in society"; and (...) "society" is to be understood as comprising (...) the international community in its various components for example in appropriate instances of the Council of Europe, the European Union, the United Nations family of organizations, the International Labour Organization and so on.<sup>97</sup>

Domstolen bruker andre traktater både som argument ved tolking av Konvensjonens ordlyd, når den avgjør omfanget av statenes skjønnsmargin og som grunnlag for å avgjøre rettsutviklingen i dagens Europa.<sup>98</sup> Slike komparative aspekter er dermed viktige når innholdet av Konvensjonens rettigheter skal fastlegges. Dette gjelder ikke minst på et område som er såpass uavklart i rettspraksis som statens ansvar for seksuell vold mellom private.

FNs Kvinnekonvensjons formål er å hindre diskriminering av kvinner og dens definisjon av hva som regnes som diskriminering av kvinner er omfattende.<sup>99</sup> Likevel nevner ikke konvensjonen uttrykkelig vold mot kvinner som en form for diskriminering. I Hovedanbefaling nr 19, som gir retningslinjer for hvordan Kvinnekonvensjonen skal forstås, ga imidlertid Kvinnekomiteen en uttalelse som gjorde det klart at kjønnsbasert vold, inkludert seksuell vold, rammes av diskrimineringsforbudet i konvensjonens artikkel 1.<sup>100</sup> Komiteen uttalte at

[t]he definition of discrimination includes gender-based violence, that is, violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately. It includes acts that inflict physical, mental or sexual harm or suffering, threats of such acts, coercion and other deprivations of liberty.<sup>101</sup>

---

<sup>97</sup> Mahoney, Paul. *The Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference back to National Law*. I: Comparative Law Before the Courts. Redigert av Guy Canivet, Mads Andenas og Duncan Fairgrieve. London, 2004, s 135-150, på s 136-137.

<sup>98</sup> Starmer, s 162.

<sup>99</sup> CEDAW, artikkel 1.

<sup>100</sup> United Nations Committee on the Elimination of discrimination against Women "General recommendation no 19", 11<sup>th</sup> session, 1992.

<sup>101</sup> Hovedanbefaling nr 19, punkt 6.

Komiteen la også vekt på at privat vold mot kvinner må bekjempes.<sup>102</sup> Som overvåkningsorgan og klageinstans er Kvinnekomiteen en autoritativ fortolker av Kvinnekonvensjonen, og det regnes i dag som klart at CEDAW til en viss grad beskytter mot kjønnsbasert vold mellom private.

Det er få avgjørelser fra Domstolen (og den tidligere Kommisjonen) som uttrykkelig viser til de nevnte kvinnerettslige instrumentene. Saken *Ünal Tekeli mot Tyrkia*, som gjaldt en kvinnes rett til å beholde sitt pikenavn da hun giftet seg, er likevel én.<sup>103</sup> Her viste Domstolen til både Kvinnekonvensjonen og til landrapporter fra Kvinnekomiteen som uttrykk for relevant internasjonal rett.<sup>104</sup> I *M.C. mot Bulgaria* viste Domstolen dessuten til Kvinnekomiteens Hovedanbefaling nr 19 som relevant internasjonal rett.<sup>105</sup> I begge tilfeller ble utvalgte deler av henholdsvis Kvinnekonvensjonen og Hovedanbefaling nr 19 sitert. Disse instrumentene har altså betydning ved tolkingen av EMK. Det er imidlertid vanskelig å si noe sikkert om hvilken vekt Domstolen legger dem, i og med at de ikke er nevnt i de konkrete drøftelsene i noen av sakene, men kun som relevant internasjonal rett. Slik EMDs (nyere) dommer er bygget opp, er de kvinnerettslige instrumentene nevnt under hovedoverskriften "*THE FACTS*", mens selve fortolkingen av Konvensjonens bestemmelser og subsumsjonen finner sted under "*THE LAW*". Det kan være rimelig å anta at dette er gjort bevisst fra Domstolens side. Jeg mener løsningen viser at Domstolen anerkjenner både Kvinnekonvensjonen, Kvinnekomiteen og dens anbefalinger som relevant internasjonal rett, samtidig som den lar det stå åpent i hvilken grad disse har innflytelse på Domstolens beslutning.

Domstolen har i en rekke avgjørelser vist til andre FN-konvensjoner som skal beskytte utsatte grupper, for eksempel FNs konvensjon om barns rettigheter (Barnekonvensjonen) og FNs Rasediskrimineringskonvensjon.<sup>106</sup> I motsetning til Kvinnekonvensjonen er disse

---

<sup>102</sup> Se punkt 9 og 11.

<sup>103</sup> *Ünal Tekeli mot Tyrkia*. Dom av 16. november 2004. Ikke publisert, saksnummer: 29865/96.

<sup>104</sup> Avsnitt 29 og 31.

<sup>105</sup> *M.C. mot Bulgaria*, avsnitt 108.

<sup>106</sup> The United Nations Convention on the Rights of the Child. A/RES/44/25 (20. november 1989). Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. A/RES/2106 (XX) (21. desember

også blitt nevnt i forbindelse med tolkingen av EMK. Domstolen har ikke gitt uttrykk for at enkelte av FNs spesialkonvensjoner har større betydning enn andre. Det er således grunn til å anta at Kvinnekonvensjonen vil kunne ha samme innvirkning på fortolkingen av EMK som de ovenfor nevnte konvensjonene.

*V mot Storbritannia* kan trekkes frem som et eksempel på hvordan Konvensjonen forholder seg til FNs spesialkonvensjoner.<sup>107</sup> Saken gjaldt blant annet spørsmålet om hvorvidt rettergangen mot en mindreårig krenket artikkel 3. Da Domstolen skulle avgjøre dette, så den på utsagn både fra Barnekonvensjonen og på et vedtak fra FNs generalforsamling,<sup>108</sup> og uttalte at

the foregoing demonstrates an international tendency in favour of the protection of the privacy of juvenile defendants, and it [Domstolen] notes in particular that the UN Convention is binding in international law on the United Kingdom in common with all the other member States of the Council of Europe ... However, whilst the existence of such a trend is one factor to be taken into account ... it cannot be determinative.<sup>109</sup>

I denne forbindelse er det verdt å merke seg at kvinners menneskerettigheter i økende grad har blitt satt på den internasjonale agenda de siste tiårene, og at ulike FN-instrumenter kan ha betydning som uttrykk for internasjonale tendenser også på dette området. Det er også interessant at Domstolen ser ut til å legge større vekt på Barnekonvensjonen fordi den er bindende internasjonal rett som alle Europarådets medlemsland er forpliktet til å etterleve. Dette gjelder nemlig også for Kvinnekonvensjonen.<sup>110</sup>

---

1965). Se for eksempel *A mot Storbritannia*, avsnitt 22, *Keegan mot Irland*, avsnitt 50 og *Jersild mot Danmark*, 1994, Serie A 298, avsnitt 30.

<sup>107</sup> *V mot Storbritannia*. RJD 1999-IX.

<sup>108</sup> United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("the Beijing Rules"). Vedtatt av FNs Generalforsamling 29. november 1985. A/RES/40/33.

<sup>109</sup> Avsnitt 77.

<sup>110</sup> En oversikt over stater som har ratifisert Kvinnekonvensjonen finnes på <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/states.htm> [besøkt 04.11.05].



I *Jersild mot Danmark* sto hensynet til ytringsfriheten og frihet fra rasediskriminering mot hverandre.<sup>111</sup> Saken gjaldt en dansk redaktør som var blitt dømt for å ha videreformidlet rasistiske ytringer etter at han hadde sendt et intervju med høyreekstreme på dansk TV. Spørsmålet var om denne innskrenkingen i ytringsfriheten var i strid med EMK artikkel 10. Her gikk Domstolen langt i å gi FNs konvensjon mot rasediskriminering innvirkning på grensene for ytringsfriheten. Domstolen sa blant annet at

the object and purpose pursued by the UN Convention are of great weight in determining whether the applicant's conviction ... was "necessary" within the meaning of Article 10 para. 2 ... Denmark's obligations under Article 10 (art. 10) must be interpreted, to the extent possible, so as to be reconcilable with its obligations under the UN Convention.<sup>112</sup>

I denne forbindelse må det nevnes at den bestemmelsen i dansk straffelov redaktøren ble dømt etter var laget med det formål å oppfylle Danmarks forpliktelser etter FNs konvensjon mot rasediskriminering. På denne måten ble Domstolen nærmest satt til å avgjøre hvorvidt det var motstrid mellom de to menneskerettskonvensjonene, og man kan ikke utelukke at Domstolen har lagt litt mer vekt på FN-konvensjonen enn normalt for å unngå dette. Selv om faktum i denne saken var spesielt, la Domstolen her så stor vekt på FN-konvensjonens betydning for tolkingen av EMK at avgjørelsen kan forstås slik at det er et mål at EMK ikke skal stride mot FNs spesialkonvensjoner. Slik kan også Kvinnekonvensjonen få innflytelse på hvordan EMK skal forstås. Tilsvarende argumentasjon kan gjøre seg gjeldende i tilfeller hvor Kvinnekonvensjonen er opphavet til en nasjonal straffebestemmelse.

#### 3.1.4.1 Statsansvaret i Kvinnekonvensjonen

Individer kan ikke holdes folkerettslig ansvarlig for brudd på Kvinnekonvensjonen. Statene kan heller ikke holdes direkte ansvarlige for privates handlinger etter

---

<sup>111</sup> *Jersild mot Danmark*, 1994, Serie A 298.

<sup>112</sup> Avsnitt 30.

Kvinnekonvensjonen.<sup>113</sup> Staten kan imidlertid holdes ansvarlig for privates handlinger dersom den ikke har oppfylt sine forpliktelser etter konvensjonen. Artikkel 2(e) er spesielt viktig i denne sammenheng, idet den krever at statene benytter ”*all appropriate measures to eliminate discrimination against women by any person, organization or enterprise*”. Rebecca Cook har anført at

[u]nder this provision, a state may well be obliged to prevent and deter private acts of discrimination, to investigate and negate their harmful consequences, and to provide for compensation or sanctions for the performance of such acts, for instance by penalties of a civil or criminal nature.<sup>114</sup>

Statsansvaret i Kvinnekonvensjonen kan dermed medføre omfattende forpliktelser for de statene som har ratifisert den. Handlingspliktene er imidlertid ikke konkretisert gjennom rettspraksis, slik statenes plikter etter EMK er. Det er derfor uklart hvor langt de rekker. Det bør også legges til at systemet for håndhevelse etter Kvinnekonvensjonen er annerledes enn etter EMK. Kvinnekonvensjonens håndhevelsessystem er basert på at landene selv rapporterer hvordan arbeidet med implementeringen av konvensjonens krav går til Kvinnekomiteen.<sup>115</sup> På bakgrunn av disse rapportene kommer Kvinnekomiteen med anbefalinger til hver enkelt stat. Disse er ikke rettslig bindende.<sup>116</sup> Komiteen kan også komme med anbefalinger av mer generell art.<sup>117</sup> Som nevnt i avsnitt 3.1.2, har komiteen etter en tilleggsprotokoll til konvensjonen adgang til å motta individuelle klager, hvorpå komiteen vil avgjøre om staten har oppfylt sine forpliktelser etter konvensjonen.<sup>118</sup> Komiteen kan også på eget initiativ granske forholdene i en stat.<sup>119</sup> Verken Kvinnekomiteens avgjørelser i enkeltsaker eller anbefalinger til enkeltstater er rettslig

---

<sup>113</sup> Cook, Rebecca J. *State Accountability Under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*. I: Human Rights of Women. National and International Perspectives. Redigert av Rebecca J. Cook. Philadelphia, 1994, s 237.

<sup>114</sup> Cook, s 236.

<sup>115</sup> CEDAW artikkel 17 og 18.

<sup>116</sup> CEDAW artikkel 21.

<sup>117</sup> CEDAW artikkel 21.

<sup>118</sup> Tilleggsprotokoll til Kvinnekonvensjonen, artikkel 7.

<sup>119</sup> Tilleggsprotokoll til Kvinnekonvensjonen, artikkel 8.

bindende.<sup>120</sup> Det at systemet for håndhevelse etter Kvinnekonvensjonen ikke medfører rettslige bindende forpliktelser for statene svekker konvensjonens rettighetsvern.

### 3.1.5 Andre internasjonale instrumenter med kvinneperspektiv

Det er videre av interesse å se på i hvilken grad Domstolen anser ikke-bindende internasjonale erklæringer som relevante ved tolkingen av EMK. I denne sammenheng kan to internasjonale instrumenter med kvinneperspektiv nevnes: FNs Erklæring om avskaffelse av vold mot kvinner og erklæringen og handlingsplattformen fra FNs fjerde kvinnekonferanse i Beijing (Beijing-plattformen).<sup>121</sup>

FNs erklæring om avskaffelse av vold mot kvinner er en ikke-bindende uttalelse fra FNs Generalforsamling, som gir retningslinjer medlemsstatene i FN bør følge. Privat vold mot kvinner, både i nære relasjoner og i samfunnet ellers, nevnes uttrykkelig som "*violence against women*".<sup>122</sup> I tillegg legger erklæringen vekt på rettslige midler når den omtaler statenes plikt til å beskytte kvinner mot vold. Artikkel 4 sier blant annet at

States should pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating violence against women and, to this end, should: ...

(c) Exercise due diligence to prevent, investigate and, in accordance with national legislation, punish acts of violence against women, whether those acts are perpetrated by the State or by private persons

(d) Develop penal, civil, labour and administrative sanctions in domestic legislation to punish and redress the wrongs caused to women who are subjected to violence; women who are subjected to violence should be provided with access to the mechanisms of justice and, as provided for by national legislation, to just and effective remedies for the harm that they have suffered; States should also inform women of their rights in seeking redress through such mechanisms.

---

<sup>120</sup> Tilleggsprotokoll til Kvinnekonvensjonen, artiklene 7 og 8.

<sup>121</sup> Declaration on the Elimination of Violence against Women. A/48/104 (20. desember 1993). Fourth World Conference on Women: Action for Equality, Development, and Peace, Beijing Declaration and Platform for Action. A/Conf.177/20 (1995).

<sup>122</sup> Artikkel 2 a og b.

Beijing-plattformens rettslige status er mer uklar. Den sier selv at den er “*an agenda for women's empowerment*”.<sup>123</sup> Ett av satsingsområdene den trekker frem er vold mot kvinner.<sup>124</sup> Helen Combrinck har argumentert for at “*although the Platform is not legally binding per se, it may provide evidence of emerging norms of international custom. At minimum, the Platform does constitute solemn political commitments by states*”.<sup>125</sup>

Ikke-bindende vedtak fra FNs Generalforsamling har ikke blitt tillagt særlig vekt av Domstolen ved tolkingen av EMK. I enkelte tilfeller nevnes de likevel, som i *Irland mot Storbritannia*, hvor Domstolen viste til en resolusjon fra FNs Generalforsamling i sin vurdering av grensen mellom tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling.<sup>126</sup> I *V mot Storbritannia* uttalte Domstolen at selv om *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice* (“the Beijing Rules”) ikke var juridisk bindende, så kunne de være en indikasjon på internasjonal konsensus på området.<sup>127</sup> I forhold til internasjonale kvinnerettslige instrumenter tyder dette på at man skal være forsiktig med å legge selvstendig vekt på FNs erklæring om avskaffelse av vold mot kvinner og Beijing-plattformen ved tolkingen av EMK.

Både FNs erklæring om avskaffelse av vold mot kvinner og Beijing-plattformen har imidlertid bidratt til at vold mot kvinner er blitt satt på den internasjonale dagsorden. De viser også at det er politisk vilje i verdenssamfunnet til å bekjempe problemet. Selv om ingen av tiltakene er rettslig bindende, er de et uttrykk for at samfunnsutviklingen går i retning av lavere toleranse for vold mot kvinner og en anerkjennelse av at vold mot kvinner krenker kvinners menneskerettigheter.<sup>128</sup> Derfor er instrumentene viktige i forhold til avhandlingens problemstilling; som uttrykk for den normative samfunnsutviklingen.

---

<sup>123</sup> Beijing-plattform, punkt 1.

<sup>124</sup> Beijing-plattform, punkt 44.

<sup>125</sup> Combrinck, Helene. *Positive duties to protect women from violence*. Human Rights Quarterly 20.3 (1998) 666-690, på s 675.

<sup>126</sup> *Irland mot Storbritannia*, avsnitt 167.

<sup>127</sup> *V mot Storbritannia*, avsnitt 73.

<sup>128</sup> Beijing-plattform, punkt 14.

Under FN finnes det også for tiden en spesialrapportør for arbeidet mot vold mot kvinner.<sup>129</sup> Mandatet omfatter blant annet innhenting av informasjon og anbefalinger om hvordan man kan fjerne årsakene til og bøte på konsekvensene av vold mot kvinner. Ett spørsmål som reiser seg, er hvilken betydning uttalelser herfra kan ha for forståelsen av EMK. Så langt jeg kan se, har Domstolen ikke lagt vekt på uttalelser fra spesialrapportøren mot vold mot kvinner, men den har ved enkelte anledninger vist til uttalelser fra FNs spesialrapportør for tortur.<sup>130</sup> Dette kom klarest til uttrykk i *Chahal mot Storbritannia*, hvor Domstolen la vekt på FNs spesialrapportør for torturs vurdering av faren for å bli utsatt for tortur i politiets varetekt i India.<sup>131</sup> Det at Domstolen har lagt vekt på FNs spesialrapportør for torturs vurdering av faktiske forhold, gir imidlertid ikke så mye veiledning med tanke på hvordan den vil stille seg til anbefalinger av generell eller direkte rettslig art. Som utsagn fra internasjonalt anerkjente og uavhengige eksperter utnevnt av FN, er det likevel rimelig å anta at uttalelser fra FNs spesialrapportører vil ha en viss vekt.

### 3.1.6 Uttalelser fra Europarådets organer

Betydningen av uttalelser fra Europarådets organer for tolkingen av Konvensjonen er i liten grad belyst i EMK-rettslig teori. Domstolen har imidlertid gjentatte ganger vist at slike uttalelser er relevante.<sup>132</sup> Å bekjempe vold mot kvinner har stått på Europarådets dagsorden siden tidlig på 1990-tallet. I forhold til avhandlingens problemstilling er spesielt uttalelser fra Europarådets Ministerkomite og Parlamentarikerforsamling av interesse.<sup>133</sup> Europarådets Parlamentarikerforsamling, som består av representanter for medlemslandenes nasjonalforsamlinger, har for eksempel vedtatt en anbefaling som

---

<sup>129</sup> Question of integrating the rights of women into the human rights mechanisms of the United Nations and the elimination of violence against women. United Nations Commission on Human Rights, res 1994/45, opprettet "Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences". Mandatet ble utvidet i res 2003/45: Elimination of violence against women.

<sup>130</sup> United Nations Special Rapporteur for Torture of the Commission on Human Rights on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Opprettet av the United Nations Commission on Human Rights i resolusjon 1985/33.

<sup>131</sup> *Chahal mot Storbritannia*, RJD 1996-V, avsnitt 104.

<sup>132</sup> Se for eksempel *Marckx mot Belgia*. 1979, Serie A 31, avsnitt 31, *M.C. mot Bulgaria*, avsnitt 101 og 162 og *von Hannover mot Tyskland*, avsnitt 67.

<sup>133</sup> Reid, Sheila. *Preventing violence against women: a European perspective*. Strasbourg, 2003, s 9.

fordømmer vold mot kvinner som et brudd på kvinners menneskerettigheter.<sup>134</sup>

Ministerkomiteen har blant annet vedtatt en anbefaling om hvordan medlemsstatene skal beskytte kvinner mot vold.<sup>135</sup> Anbefalingenes relevans i forhold til tolkingen av EMK er ikke omstridt, men rettspraksis er mer uklar med tanke på hvilken vekt Domstolen tillegger dem. Domstolen har flere ganger referert til uttalelser fra Europarådets organer ved tolking av konvensjonsbestemmelsene, tilsynelatende både som en selvstendig kilde og som uttrykk for en europeisk konsensus eller utvikling.<sup>136</sup> Likevel er det vanskelig å angi hvor stor betydning det er legitimt å tillegge dem, blant annet fordi Domstolen sjelden viser hvilke argumenter den legger avgjørende vekt på.

## 3.2 Særskilte metodespørsmål

### 3.2.1 Ordlyd

Domstolen anvender prinsippet i Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 31 § 1, og tar utgangspunkt i den vanlige forståelsen av Konvensjonens ordlyd når den skal fastsette innholdet av en bestemmelse.<sup>137</sup> Ordlyden setter en grense for Domstolens tolking av Konvensjonen. I forbindelse med avhandlingens problemstilling er det av betydning at konvensjonsteksten ikke uttrykkelig nevner statens ansvar for seksuell vold mellom private, og dermed heller ikke hvilke positive forpliktelse som kan følge av et slikt ansvar. Ordlyden må derfor tolkes ut fra de retningslinjene Domstolen legger til grunn.

### 3.2.2 Formålsrettet tolking

Domstolen legger stor vekt på Konvensjonens formål når de konkrete rettigheter og plikter skal fastlegges. Formålsrettet tolking og, i forlengelsen av dette, effektivitetsprinsippet kan lede til en vid forståelse av Konvensjonens bestemmelser, og vil kunne støtte opp om utviklingen av tredjepartsvirkninger.<sup>138</sup>

---

<sup>134</sup> Europarådets parlamentarikerforsamlings Recommendation 1450 (2000): Violence against women in Europe.

<sup>135</sup> Recommendation (2002) 5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence.

<sup>136</sup> Se *V mot Storbritannia*, avsnitt 77, *Marckx mot Belgia*, avsnitt 31, *von Hannover mot Tyskland*, avsnitt 67 og *M.C. mot Bulgaria*, avsnittene 156 og 162.

<sup>137</sup> *Bankovic mfl. mot Belgia mfl.*, RDJ 2001-XII, avsnittene 55-56.

<sup>138</sup> Nørregaard, s 119-120. Effektivitetsprinsippet omtales i avsnitt 3.2.3.

I forbindelse med formålsrettet tolking har Domstolen uttalt at “*the preamble is generally very useful for the determination of the "object" and "purpose" of the instrument to be construed*”.<sup>139</sup> I fortalen står det blant annet at Konvensjonens formål er å fremme enkelte menneskerettigheter, slik de er kommet til uttrykk i FNs Verdenserklæring om menneskerettighetene.<sup>140</sup> En sentral verdi som nevnes i Verdenserklæringen er alle menneskers iboende verdighet.<sup>141</sup> Selv om EMK ikke bruker dette uttrykket, er det klart, ikke minst på bakgrunn av Domstolens praksis, at ivaretagelsen av individenes verdighet og fysiske og psykiske integritet står sentralt.<sup>142</sup> Artiklene 3 og 8 viser dette tydelig.<sup>143</sup> Ett eksempel hvor meningsinnholdet vanskelig kan misforstås, kan hentes fra *Pretty mot Storbritannia* hvor Domstolen i forbindelse med tolkingen av artikkel 8 uttalte at “[t]he very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom”.<sup>144</sup>

Domstolen synes å anvende begrepene verdighet og integritet uten å trekke noe klart skille mellom dem, og det vil heller ikke bli gjort i denne avhandlingen. Det er vanskelig å gi noen klar beskrivelse av det konkrete innholdet i hensynet til individuell verdighet, men verdier som respekt, ære, selvstendighet, frihet og selvutfoldelse står sentralt.<sup>145</sup> Seksuell vold er således et klart overgrep mot kvinners verdighet, uavhengig av hvem som er overgriper. Det at Konvensjonens formål inkluderer å fremme individets verdighet og integritet, har betydning for i hvilken grad offentlige myndigheter har positive beskyttelsesplikter ved seksuell vold mellom private.

---

<sup>139</sup> *Golder mot Storbritannia*, 1975, Serie A-18, avsnitt 34.

<sup>140</sup> The Universal Declaration of Human Rights, av 10. desember 1948.

<sup>141</sup> FNs Verdenserklæring om menneskerettighetene, første preambulære setning og artikkel 1.

<sup>142</sup> Frowein, Jochen Abr. *Human Dignity in International Law*. I: The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse. Haag, 2002, s 123. Se for eksempel *X og Y mot Nederland*, avsnitt 22. *Tyrer mot Storbritannia*, avsnitt 33.

<sup>143</sup> Frowein, s 124 flg.

<sup>144</sup> Avsnitt 65.

<sup>145</sup> Clapham, *The Drittwirkung...*, s 205-206.

Under Konvensjonens formål faller også ivaretagelsen av demokratiske verdier.<sup>146</sup> Her må det fremheves at demokrati som konvensjonsverdi representerer noe mer enn prinsippet om folkestyre; Domstolen har lagt til grunn at demokratihensynet også fremmer forhold som legger til rette for at folkestyret skal kunne fungere på best mulig måte.<sup>147</sup> Dette innebærer at hensynet til demokrati blant annet støtter opp om retten til ytringsfrihet, forsamlings- og foreningsfrihet, frie valg, beskyttelse av minoriteter og rettsstatsprinsipper.<sup>148</sup> Forbudet mot tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling er også en grunnleggende verdi i et demokratisk samfunn.<sup>149</sup> Demokratihensynet taler således for at den grunnleggende verdien, frihet fra tortur, skal vernes. Dette kan få betydning for statens ansvar for seksuell vold mellom private, spesielt i den grad seksuell vold ansees som tortur. Det kan også argumenteres for at seksuell vold som rammes av artikkel 8 har demokratiske aspekter. Mellomprivat vold kan påvirke individenes mulighet til å delta i det offentlige liv, ved at den kan virke hemmende på deres frihet. På denne måten kan privat voldsutøvelse sees på som et demokratisk problem; en faktor som motvirker samfunnsdeltakelse og samfunnsdebatt.<sup>150</sup> Domstolen har også uttalt at “*freedom of expression ... constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfillment*”.<sup>151</sup> Dette sitatet viser hvordan hensynet til demokrati og individuell verdighet flyter over i hverandre.<sup>152</sup>

I forhold til denne avhandlingens problemstilling kan også rettsstatsprinsippet (“*the rule of law*”), som blant annet fremkommer av fortalens femte ledd, være av betydning. Rettsstatsprinsippet uttrykker et lovskrav som fordrer at forholdet mellom stat og individ reguleres av rettslige regler.<sup>153</sup> I tillegg har hensynet en substansiell side som stiller visse

---

<sup>146</sup> Demokratihensynet er nevnt i fortalen til EMK, fjerde ledd.

<sup>147</sup> Clapham, *The Drittwirkung...*, s 204-205.

<sup>148</sup> Merrils, J.G. *The development of international law by the European Court of Human Rights*. 2. utgave. New York, 1993, kapittel 6.

<sup>149</sup> *E mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 88. *D.P og J.C mot Storbritannia*, avsnitt 109. *Z mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 73.

<sup>150</sup> Bunch, s 14.

<sup>151</sup> *Lingens mot Østerrike*, 1986, A 103, avsnitt 41.

<sup>152</sup> Clapham, *The Drittwirkung...*, s 203 flg.

<sup>153</sup> Merrils, s 128.



krav til innholdet i reglene. Rettsstatshensynet fremmer overordnede prinsipper som likhet og rettferdighet.<sup>154</sup> Mer konkret har Domstolen blant annet gitt uttrykk for at rettsstatsprinsippet fremmer adgang til domstolene, en rettferdig rettergang, forutberegnelighet i lovgivningen og rettslig kontroll ("*judicial safeguards*").<sup>155</sup> Rettsstatshensynet kan også sette krav til eksistensen av rettslige mekanismer for vern av private rettssubjekter, noe som er av betydning når statenes positive forpliktelser skal analyseres og konkretiseres.<sup>156</sup> For eksempel kan rettsstatshensynet ha betydning for kravene som stilles til etterforskning av saker som omhandler seksuell vold mellom private.

### 3.2.3 Effektivitetsprinsippet

Det er sentralt for Domstolen at Konvensjonens rettigheter gjøres effektive. Dette har Domstolen uttrykt som at det er

of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights **practical and effective, not theoretical and illusory**. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement (min utheving).<sup>157</sup>

Dette er et viktig utslag av prinsippet om formålsrettet tolking.<sup>158</sup> Effektivitetsprinsippet støtter en tolking av Konvensjonen som ivaretar individets interesser.<sup>159</sup> Prinsippet har også vist seg å ha betydning ved utviklingen av positive forpliktelser.<sup>160</sup> Det er også en sammenheng mellom Domstolens anerkjennelse av indirekte tredjepartsvirkninger og

---

<sup>154</sup> Gearty, Conor. *Principles of Human Rights Adjudication*. Oxford, 2004, kapittel 4.

<sup>155</sup> Merrils, s 128 flg. med videre henvisninger til rettspraksis.

<sup>156</sup> Sørensen, Christian Børge. *Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap, vol. 117, 2004, s 148.

<sup>157</sup> *Christine Goodwin mot Storbritannia*, avsnitt 74.

<sup>158</sup> Se for eksempel *Soering mot Storbritannia*, avsnitt 87.

<sup>159</sup> Nørregaard s 119.

<sup>160</sup> van Dijk og van Hoof, s74. Merrils, s 102 flg. Mowbray, Alastair. *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford, 2004, s 186.

effektivitetsprinsippet.<sup>161</sup> Effektivitetsprinsippet vil således være av stor betydning for avhandlingens analyse, selv om også det har sine grenser.<sup>162</sup> Dette vil jeg komme tilbake til senere i avhandlingen.

### 3.2.4 Tolking i tråd med samfunnsutviklingen

Prinsippet om effektivitet må også sees i sammenheng med Domstolens utvikling av Konvensjonen. EMD har ved flere anledninger uttalt at EMK er “*a living instrument which (...) must be interpreted in the light of present-day conditions*”.<sup>163</sup> Dette innebærer at innholdet i en bestemmelse kan endre seg over tid, i takt med endringer i samfunnsforholdene.<sup>164</sup> Videre betyr det, generelt sett, at man skal være mer forsiktig med å tillegge avgjørelser fra Kommisjonen og Domstolen vekt jo eldre de er.<sup>165</sup>

Ved utvikling av Konvensjonen vil rettstilstanden og samfunnsforholdene i europarådslandene være av betydning. Et eksempel kan hentes fra *Ünal Tekeli mot Tyrkia*.<sup>166</sup> Her uttalte Domstolen at “*the Court must ... have regard to the changing conditions in Contracting States and respond, for example, to any emerging consensus as to the standards to be achieved*”.<sup>167</sup> Slik kan rettslig utvikling i medlemsstatene føre til utvikling av Konvensjonen. Samtidig vil uniforme standarder i de europeiske landene kunne begrense statenes skjønnsmargin.<sup>168</sup> I forhold til avhandlingens problemstilling er det av betydning at vi i løpet av de siste tiårene har sett en økende fokusering på kvinners rettigheter både nasjonalt og internasjonalt.

---

<sup>161</sup> van Dijk og van Hoof, s 75.

<sup>162</sup> Generelt om dette; Merrils, s119 flg.

<sup>163</sup> *Tyrer mot Storbritannia*, 1978. Serie A-26, avsnitt 31.

<sup>164</sup> Et eksempel er hvordan Domstolen gradvis anerkjente transseksuelles rett til ny kjønnsidentitet.

<sup>165</sup> Starmer, s 160.

<sup>166</sup> Saken er omtalt i avsnitt 3.1.4 ovenfor.

<sup>167</sup> Avsnitt 54.

<sup>168</sup> Bernard, R. *Comparative law in the interpretation and application of the European Convention on Human Rights*. I: *Mainly Human Rights*. Redigert av Salvino Busuttil. 1999, s 33-40. Statenes skjønnsmargin utdypes i avsnitt 5.1.

### 3.2.5 Proporsjonalitetsprinsippet

Ved tolkingen av statens forpliktelser under Konvensjonen anvender Domstolen betraktninger vedrørende hensynet til en rimelig balanse, ”*fair balance*”, mellom interessene til det individet rettigheten tilkommer og samfunnets interesser.<sup>169</sup> Domstolen ser også på hvorvidt det foreligger ”*a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised*” når den vurderer om staten har overholdt sine konvensjonsforpliktelser.<sup>170</sup> Disse to vurderingstemaene omtales i teorien ofte samlet under betegnelsen proporsjonalitetsprinsippet.<sup>171</sup>

Umiddelbart kan det synes det som om disse vurderingstemaene kun vil være aktuelle der det er spørsmål om lovligheten av et statlig inngrep i individenes rettigheter, med andre ord hvorvidt statens negative forpliktelser er overholdt. Domstolen har uttalt at i alle fall ”*fair balance*”-vurderingen har betydning også når man skal fastlegge eksistensen av en positiv forpliktelse. Dette innebærer at ”*fair balance*”-vurderingen kan ha betydning for statens ansvar for privates handlinger, noe som gjør den aktuell i forhold til avhandlingens tema. Domstolens uttalelse i *Powell og Rayner mot Storbritannia*, som ble sitert i avsnitt 2.1 ovenfor, illustrerte at det ikke går noe skarpt skille mellom positive og negative plikter, og at de samme standardene vil ha betydning uavhengig av hvilket ledd i artikkel 8 et forhold subsumeres under. I denne saken uttalte Domstolen også at uavhengig av om det er tale om en positiv eller negativ plikt, så skal det tas hensyn til

the **fair balance** that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole ... Furthermore, even in relation to the positive obligations flowing from the first paragraph of Article 8 (art. 8-1), ‘**in striking this balance the aims mentioned in the second paragraph of Article 8 (art. 8-2) may be of a certain relevance**’ (mine uthevinger).<sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> Se for eksempel *Rees mot Storbritannia*, 1986, Serie A 106, avsnitt 37 og *Johnston mfl. mot Irland*, 1986, Serie A 112, avsnitt 72.

<sup>170</sup> *James mfl. mot Storbritannia*, 1986, Serie A 98, avsnitt 50.

<sup>171</sup> Arai-Takahashi, Yutaka. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, 2002, s 193.

<sup>172</sup> Avsnitt 41.

Uttalelsen viser at vilkårene for inngrep etter artikkel 8 (2) er av betydning for vurderingen av hvorvidt det foreligger en ”*fair balance*”. Når Domstolen skal fastlegge statens positive plikter skjer dette i en samlet vurdering hvor annet ledd ikke anvendes direkte, men hvor hensynene som nevnes der er viktige momenter i proporsjonalitetsvurderingen.<sup>173</sup>

En kan spørre seg om vurderingen av om ”*fair balance*” foreligger er et egnet vurderingstema i forhold til eksistensen av positive forpliktelser ved privat voldsutøvelse. Det er ofte ikke noe konfliktfylt forhold mellom individets og samfunnets interesser i denne type saker. I forbindelse med seksuell vold mellom private, vil det typisk være både i interessen til det individet rettigheten tilkommer og i samfunnets interesse at overgrep ikke skjer. Denne problemstillingen er, så langt jeg kan se, ikke behandlet i EMK-rettslig teori. Arbeidet med denne avhandlingen har identifisert i alt seks saker fra EMD som direkte omhandler seksuell vold mellom private, og Domstolen har ikke anvendt ”*fair balance*”-vurderingen i noen av disse.<sup>174</sup> Dette tyder på at vurderingen i alle fall ikke vil være aktuell i alle saker som omhandler seksuell vold. Det er derfor relevant å se på hvordan Domstolen har brukt vurderingskriteriet *samfunnets interesse* i saker som omhandler andre former for konflikter mellom private etter artikkel 8, for å se om kriteriet kan komme i konflikt med individets interesse i ikke å bli utsatt for seksuell vold fra privatpersoner.

I *Powell og Rayner mot Storbritannia* sto klagerens rett til respekt for privatliv, i form av redusert støy fra den privateide flyplassen, mot samfunnets økonomiske interesser.<sup>175</sup> Domstolen la blant annet vekt på at ”*Heathrow Airport ... occupies a position of central importance in international trade and communications and in the economy of the United Kingdom*”.<sup>176</sup>

---

<sup>173</sup> Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer (art 1-10), s 382.

<sup>174</sup> *M.C. mot Bulgaria, X og Y mot Nederland, Stubbings mfl. mot Storbritannia, E mfl. mot Storbritannia, D.P og J.C mot Storbritannia og Z mfl. mot Storbritannia.*

<sup>175</sup> *Powell and Rayner mot Storbritannia*, avsnitt 41 flg.

<sup>176</sup> Avsnitt 42.

Domstolen har også lagt vekt på at samfunnets interesse tilsier en ivaretagelse av rettsstatsprinsipper. Dette kom blant annet til uttrykk i *Nuutinen mot Finland*.<sup>177</sup> Saken omhandlet en fars rett til samvær med sin datter. Domstolen uttalte her at

[t]he Court must strike a balance between the various interests involved, namely the interests of the applicant's daughter and her *de facto* family, those of the applicant himself and **the general interest in ensuring respect for the rule of law**.<sup>178</sup>

I tillegg til økonomiske hensyn og rettsstatsprinsipper har Domstolen også lagt vekt på mer praktiske samfunnsbehov. I *López Ostra mot Spania* sto for eksempel klagerens rett til respekt for privatliv i form av ikke å bli utsatt for helseskadelig forurensning mot samfunnets behov for avfallshåndtering.<sup>179</sup>

Rettspraksis har altså vist at *samfunnets interesse* kan begrunne flere ulike hensyn. Verken samfunnets økonomiske interesser, praktiske behov eller rettsstatsprinsipper tilsier imidlertid noen konflikt med hensynet til individenes interesse i ikke å bli utsatt for seksuell vold. En vurdering av hvorvidt det foreligger en rimelig balanse mellom samfunnets og individets interesser, synes dermed å være lite egnet til å belyse eksistensen av en positiv forpliktelse for staten i saker som omhandler seksuell vold mellom private.

Når det gjelder den andre vurderingen av proporsjonalitet, avveiningen av forholdet mellom mål og middel, har ikke Domstolen anvendt denne ved fastsettelsen av eksistensen av positive forpliktelser i sakene om seksuell vold mellom private.<sup>180</sup> Den synes heller ikke å være egnet som tolkingsmoment ved spørsmålet om eksistensen av positive forpliktelser i mellomprivate konflikter. I disse tilfellene vil inngrepet i en av Konvensjonens rettigheter ikke komme fra offentlige myndigheter, men fra en privat part. Dette innebærer for det

---

<sup>177</sup> *Nuutinen mot Finland*, RJD 2000-VIII.

<sup>178</sup> Avsnitt 129.

<sup>179</sup> *López Ostra mot Spania*. Eksempelene er hentet fra Mirmotahari, Amir. *Statsansvar for mellomprivate konflikter etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*. Studentavhandling, Oslo, 2005, s 65 flg.

<sup>180</sup> I *D.P og J.C mot Storbritannia*, avsnitt 127, *Stubbings mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 50 og *Z mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 93, anvendes likevel prinsippet på spørsmålet om adgang til domstolene etter artikkel 6 (1).

første at det ikke finnes noen samfunnsinteresse som kan rettferdiggjøre inngrepet. Videre er det vanskelig å se hvordan vurderingen av denne formen for proporsjonalitet mellom den private parts inngrep i den andres rettighet, og hans eller hennes formål med inngrepet, skulle kunne ha betydning for eksistensen av positive forpliktelser for staten.<sup>181</sup> Ikke minst vil en slik vurdering ha lite for seg i forhold til seksuell vold mellom private, hvor konstellasjonen for eksempel ville bli voldtekt som inngrep i offerets rett til privatliv, versus overgriperens formål eller behov for å forgripe seg.

Avhandlingen vil vise at Domstolen anvender andre, mindre standardiserte vurderinger ved avgjørelsen av eksistensen og omfanget av statens positive forpliktelser. Blant annet står hensynet til effektive rettigheter sentralt.

### 3.2.6 Hensynet til statenes suverenitet

Hensynet til statenes suverenitet tilsier at man skal være forsiktig med å pålegge statene nye plikter. Utgangspunktet i folkeretten er at statene er suverene og det at medlemsstatene har ratifisert Konvensjonen utgjør en begrensning i deres suverenitet. Konvensjonens legitimitet er avhengig av at statene fortsetter å slutte opp om den og dette vil kunne sette grenser for Domstolens tolking av Konvensjonen.<sup>182</sup> Dette vil kunne ha betydning når eksistensen og omfanget av statens positive forpliktelser skal fastsettes.

---

<sup>181</sup> Mirmotahari, s 81 flg.

<sup>182</sup> van Dijk og van Hoof, s 26.

#### 4 Har staten et ansvar for seksuell vold mellom private?

Verken artikkel 3 eller artikkel 8 gir direkte uttrykk for en plikt til å beskytte individer mot seksuell vold fra privatpersoner. Det finnes heller ikke avgjørelser fra Domstolen som direkte omhandler tilfeller hvor voksne kvinner er blitt utsatt for seksuell vold fra privatpersoner. Dette behøver likevel ikke å være avgjørende for hvorvidt Konvensjonen pålegger plikter i så henseende. I dette kapittelet diskuterer jeg hvorvidt det er rettslig grunnlag *de lege lata* for å pålegge statene et ansvar i slike tilfeller.

Selv om Domstolen ikke direkte har behandlet den aktuelle problemstillingen, har den, i forbindelse med avgjørelser om statens beskyttelsesplikt ovenfor mindreårige, gitt uttrykk for at denneplikten ikke er begrenset til å gjelde personer under myndighetsalder. I *M.C. mot Bulgaria*, som gjaldt voldtekt av en 14 år gammel jente, sa Domstolen for eksempel at "[c]hildren and other vulnerable individuals, **in particular**, are entitled to effective protection" (min utheving). Tilsvarende uttalelser finnes blant annet i *Z mot Storbritannia*, som også omhandlet seksuell vold mot mindreårige.<sup>183</sup> I formuleringen "*in particular*" ligger det implisitt at staten også plikter å beskytte andre individer, men at deres krav på vern kan være noe svakere. Domstolen har således ikke utelukket at statens ansvar for mellomprivate forhold kan strekke seg lenger enn det har gjort i de sakene Domstolen har avgjort så langt.

Når dette er sagt, så skal man være forsiktig med å tolke Konvensjonen slik at den pålegger statene nye plikter. I vårt tilfelle vil en eventuell forpliktelse gjøre staten ansvarlig for privates handlinger. Som tidligere nevnt i avsnitt 2.2, kan offentlige myndigheter i liten grad fysisk forhindre at privatpersoner krenker de rettighetene Konvensjonen gir; de kan for eksempel ikke være til stede hver gang en kvinne blir voldtatt av sin ektefelle. Dette er heller ikke ønskelig ut fra personvern hensyn, som beskyttes av artikkel 8. Det representerer derfor en stor utfordring å finne og iverksette de tiltakene som er nødvendige for at staten

---

<sup>183</sup> *Z mot Storbritannia*, avsnitt 76.

skal oppfylle en eventuell plikt til å beskytte mot seksuelle overgrep mellom private, samtidig som retten til privatliv respekteres. Dette vil kreve både tid og ressurser. I tillegg vil statens innsats bli fulgt og potensielt overprøvd av internasjonale organer. Slike omfattende forpliktelser er noe statene nok vil være tilbakeholdne med å åpne for. Dette tilsier at tredjepartsvirkningene bør tolkes og anvendes med forsiktighet slik at konvensjonsorganene ikke står i fare for å miste medlemsstatenes støtte.

På den annen side har Domstolen gjennom sin praksis allerede pålagt medlemsstatene et ansvar overfor mindreårige ofre for seksuelle overgrep fra privatpersoner. Problemstillingen kan derfor snus, og man kan spørre hvorvidt Konvensjonen gir grunnlag for å lempe på vernet av kvinner i forhold til det som allerede er tilkjent barn og ungdom. I denne vurderingen vil hensynet til barns spesielle beskyttelsesbehov være et sterkt moment.

Seksuell vold rammer i den mest intime sfære og krenker sentrale konvensjonsverdier, uansett offerets alder og uavhengig av hvem som er overgriper. I *X og Y mot Nederland* var det ingen tvil om at artikkel 8 beskyttet "*the physical and moral integrity of the person, including his or her sexual life*".<sup>184</sup> Verdiene styrkes dessuten av at forbudet mot tortur i artikkel 3 er absolutt. Lars Adam Rehof går så langt som å si at "[d]et forhold, at bestemmelsen ...[artikkel 3] tilhører kernen af den menneskeretlige beskyttelse, får i sig selv betydning for fortolkningen af bestemmelsen, idet indskrænkende fortolkninger af forbudet i utgangspunktet må afvises".<sup>185</sup> Dette kan si noe om hvor alvorlig krenkelser av artikkel 3 og følgelig tilfeller av seksuell vold sees på, men må ikke forstås dit hen at bestemmelsens anvendelse på mellomprivate forhold dermed er uten begrensninger. Det at Konvensjonens og de relevante bestemmelsenes formål inkluderer å fremme individets verdighet, herunder den moralske og fysiske integritet, tilsier en høy grad av vern fra statens side.

Også hensynet til rettsstatsprinsipper ("*the rule of law*") vil kunne ha betydning for vurderingen av hvorvidt staten har et ansvar for seksuell vold mellom private. Rettsstaten

---

<sup>184</sup> Avsnitt 22.

<sup>185</sup> *Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer (art 1-10)*, s 104.



skal beskytte individene, og hensynet kan således tale for at det blir stilt krav til statene i så henseende.

Et viktig utslag av prinsippet om formålsrettet tolking er at Konvensjonens rettigheter må gjøres effektive.<sup>186</sup> I denne forbindelse er det av betydning at seksuell vold er en type overgrep som i stor grad foregår mellom private. Dette gjør at et statsansvar som begrenser seg til å gjelde statens representanter ikke vil gjøre retten til frihet fra seksualisert vold effektiv for majoriteten av kvinner. Hensynet til praktiske og effektive konvensjonsrettigheter taler dermed for et visst statlig ansvar for overgrep som begås mellom private.

Prinsippet om effektivitet må også sees i sammenheng med Domstolens utvikling av Konvensjonen. *M.C. mot Bulgaria* viser hvordan Domstolen tar hensyn til holdningsendringer i Europa. Her diskuterte Domstolen blant annet “[t]he modern conception of the elements of rape and its impact on the substance of member States’ positive obligation to provide adequate protection”.<sup>187</sup> Domstolen uttalte blant annet at “the development of law and practice ... reflects the evolution of societies towards effective equality and respect for each individual’s sexual autonomy”.<sup>188</sup> Hensynet til samfunnsutviklingen vil også kunne gjøre seg gjeldende på andre måter. Vold mot kvinner anerkjennes i stadig større grad som en krenkelse av kvinners menneskerettigheter, både regionalt og globalt. Som nevnt i avsnitt 3.1.6 har bekjemping av vold mot kvinner stått på Europarådets dagsorden siden tidlig 1990-tall. Europarådet har sett behovet for strukturelle endringer, og har i forbindelse med sin *Plan of Action to combat violence against women* uttalt at “whichever form the violence takes, it is clearly recognized by the international community that it is a fundamental violation of women’s rights. This must form the starting point for the Plan of Action”.<sup>189</sup> Planen fokuserer spesielt på statens rolle i kampen mot

---

<sup>186</sup> Se avsnitt 3.2.3 ovenfor.

<sup>187</sup> The Law, B. The Court’s Assessment, 1(b).

<sup>188</sup> Avsnitt 165.

<sup>189</sup> Summary of the Plan of Action to combat violence against women. Steering Committee for Equality between Women and Men (CDEG), EG-S-VL (98) 1, s 5. Om behovet for strukturelle endringer, se spesielt *Introduction to the plan*, s 12.

vold mot kvinner og anbefaler en rekke statlige tiltak.<sup>190</sup> Dette taler for at Domstolen vil kunne ha anledning til å følge opp den utviklingen som skjer, ikke minst i medlemslandene, og å pålegge statene en plikt til å beskytte også voksne kvinner mot seksuell vold fra privatpersoner.

Seksuell vold krenker følgelig enkelte av de grunnleggende konvensjonsverdiene grovt. Samtidig har vernet mot seksuell vold et solid fundament i internasjonal rett. FN-konvensjonene om sivile og politiske og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, FNs torturkonvensjon, Barnekonvensjonen og Kvinnekonvensjonen beskytter uttrykkelig individuell verdighet.<sup>191</sup> Også FNs verdenserklæring om menneskerettigheter beskytter denne verdien.<sup>192</sup> Selv om verdenserklæringen ikke er rettslig bindende, har den stor symbolkraft.

FNs spesialrapportør for tortur har blant annet sagt at *"torture is the very denial by the torturer of his victim's inherent dignity"* og at voldtekt, uavhengig av overgriper, er *"a particularly base attack against human dignity. Women are affected in the most sensitive part of their personality and the long-term effects are perforce extremely harmful"*.<sup>193</sup> I den grad seksuell vold er å anse som tortur, styrkes det internasjonale vernet ytterligere; som nevnt ovenfor, under avsnitt 3.1.3, er forbudet mot tortur ufravikelig internasjonal rett. Det understrekes at en uttalelse fra FNs spesialrapportør for tortur ikke har avgjørende betydning for tolkingen av EMK.<sup>194</sup> Uttalelsen ment å vise at problemstillingen diskuteres på et høyt plan internasjonalt og at eksperter på området støtter denne forståelsen.

---

<sup>190</sup> Summary of the Plan of Action to combat violence against women. Se spesielt s 12-14.

<sup>191</sup> International Covenant on Civil and Political Rights. A/RES/2200 A (XXI) (16. desember 1966), artikkel 7. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A/RES/2200 A (XXI) (16. desember 1966), artikkel 13. Convention Against Torture and Other Cruel, Inhumane, Degrading Treatment or Punishment. A/RES/39/46 (10. desember 1984), fortalens artikkel 2. Barnekonvensjonen, fortalens avsnitt 2. Kvinnekonvensjonen, fortalens avsnitt 2.

<sup>192</sup> Første preambulære setning og artikkel 1.

<sup>193</sup> U.N., E/CN.4/1993/26, avsnitt 579 og 580.

<sup>194</sup> Se avsnitt 3.1.5 om betydningen av uttalelser fra FNs spesialrapportører for tolkingen av EMK.

Diskusjonen ovenfor viser at spørsmålet om statsansvar for seksuell vold mellom private har bred støtte både i Domstolens rettspraksis, grunnleggende konvensjonsverdier og i internasjonal rett. Det eneste momentet som synes å tale mot et slikt ansvar er hensynet til statenes suverenitet. Dette er et hensyn som må tas på alvor; det er som sagt medlemsstatene som utgjør selve grunnlaget for Konvensjonens eksistens. Deres politiske vilje til å følge opp Domstolens avgjørelser er bestemmende for om individene får de rettighetene de har krav på. Domstolen er selvsagt klar over dette. En kan ikke se bort i fra at slike praktiske hensyn kan ha innvirkning på Domstolens tolking av Konvensjonen. Samtidig er det også i statens interesse at individene lever godt sammen og at overgrep ikke skjer. Sett på denne måten kan det tenkes at suverenitetshensynet ikke kun trekker i en retning. Alle forhold tatt i betraktning er det etter mitt syn lite sannsynlig at Domstolen ville avgrense statenes ansvar mot seksuell vold mot kvinner hvis den fikk forlagt denne problemstillingen.

## 5 Karakteren av statens positive forpliktelser på området

Jeg har i det foregående slått fast at EMK artikkel 3 og artikkel 8 kan komme til anvendelse ved seksuell vold mot kvinner. Dette kapittelet omhandler hvilke følger dette kan få for statens positive forpliktelser etter Konvensjonen.

I utgangspunktet stiller ikke Domstolen krav til måten Konvensjonens rettigheter gjennomføres på i nasjonal rett.<sup>195</sup> Konvensjonen krever at statene oppfyller sine traktatforpliktelser og gir ikke direkte anvisninger på den nasjonale gjennomføringen. I visse tilfeller har Domstolen likevel gitt uttrykk for at statene må oppfylle til dels svært detaljerte krav. Dette kapittelet behandler hva slags plikter staten har etter Konvensjonens artikkel 1 jfr artiklene 3 og 8. Mer presist vil jeg se på når Konvensjonen pålegger statene positive plikter og hvordan staten plikter å beskytte, for eksempel hva slags tiltak Konvensjonen krever at offentlige myndigheter setter i verk.

Inndelingen av dette kapittelet kunne vært gjort på mange måter. Mitt mål har vært å systematisere pliktene slik at det skal være enklest mulig å få oversikt over statenes forpliktelser. Samtidig vil jeg presisere at vurderingene av hvilke plikter som foreligger i stor grad må gjøres i det enkelte tilfelle og at overgangene mellom de ulike pliktene er glidende. Punktene som oppstilles nedenfor kan sees på som retningsgivende. Inndelingen er tilpasset avhandlingens tema; det er ikke gjort forsøk på å lage kategorier av generell gyldighet.

Innledningsvis vil jeg redegjøre for forholdet mellom statene, Konvensjonen og Domstolen. Dette er viktig for å forstå hvordan Domstolen går frem når den pålegger statene positive plikter (avsnitt 5.1). Avsnitt 5.2 behandler to vurderingstemaer som er sentrale når statene positive forpliktelser skal kartlegges. Deretter vil jeg ta for meg de kravene Konvensjonen stiller til nasjonale straffesystemer (avsnitt 5.3). Det er imidlertid

---

<sup>195</sup> Se behandlingen i avsnitt 5.1 nedenfor.

ikke bare på de straffe- og straffeprosessrettslige områdene at artikkel 3 og artikkel 8 kan stille krav til den nasjonale lovgivningen. I de neste avsnittene behandler jeg derfor spørsmålet om på hvilke andre måter Konvensjonen forplikter statene til å beskytte og bistå kvinner som utsettes eller har vært utsatt for seksuell vold fra en privatperson (avsnittene 5.4 og 5.5). Spørsmålet om staten plikter å treffe tiltak for å forebygge seksuell vold mellom private behandles i avsnitt 5.6.

## 5.1 Statenes skjønnsmargin

EMK legger opp til at statene selv skal sikre oppfyllelsen av konvensjonsforpliktelsene på nasjonalt plan.<sup>196</sup> Domstolens rolle viser seg først dersom statenes eget beskyttelsessystem svikter. I slike tilfeller vil Domstolen kontrollere om statene har tolket Konvensjonen riktig.<sup>197</sup> Dette gir uttrykk for Konvensjonens underliggende subsidiaritetsprinsipp.<sup>198</sup> Konvensjonsteksten sier ikke hvordan rettighetene skal sikres på nasjonalt plan, men overlater i utgangspunktet valg av midler til den enkelte stat.<sup>199</sup> I denne forbindelse har Domstolen tilkjent statene en skjønnsmargin ("*margin of appreciation*").<sup>200</sup> Dette innebærer at de gis et visst slingringsmonn når det gjelder hvordan konvensjonsforpliktelsene skal gjennomføres, altså hvilke virkemidler som skal tas i bruk, på nasjonalt plan.<sup>201</sup> Domstolen har begrunnet skjønnsmarginen med at statene selv kjenner sine nasjonale forhold best, og dermed har bedre forutsetninger til å avgjøre hva slags beskyttelsessystem som egner seg enn Domstolen har.<sup>202</sup>

---

<sup>196</sup> Starmer, s 195 flg. Macdonald, R. St. J. *The Margin of Appreciation*. I: The European System for the Protection of Human Rights. Redigert av R. St. J. Macdonald, F. Matscher og H. Petzold. Dordrecht, 1993, på s 83.

<sup>197</sup> *Handyside mot Storbritannia*, 1976, Serie A 24, avsnitt 48.

<sup>198</sup> Petzold, Herbert. *The Convention and the Principle of Subsidiarity*. I: The European System for the Protection of Human Rights. Redigert av R. St. J. Macdonald, F. Matscher og H. Petzold. Dordrecht, 1993, s 41-62, på s 55 flg. Sørensen, Christian Børge. *Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap, vol. 117, 2004, s 145.

<sup>199</sup> *Silver mfl. mot Storbritannia*, 1983, Serie A 61, avsnitt 113d. Se også Nørregaard, s 263.

<sup>200</sup> Prinsippet om statenes skjønnsmargin er domsstolskapt. Se for eksempel Hutchinson, Michael R. *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*. The International and Comparative Law Quarterly. 1999, volum 48, utgave 3, s 638-650, på s 639.

<sup>201</sup> Petzold, s 49.

<sup>202</sup> *Handyside mot Storbritannia*, avsnitt 48.

Om statene tilkjennes en skjønnsmargin, og eventuelt hvor omfattende marginen er, har betydning for hvilke krav EMK stiller til gjennomføringen av positive forpliktelser i saker som omhandler seksuell vold mellom private. Skjønnsmarginen er viktig i forhold til avhandlingens problemstilling. Jeg vil først vurdere hvordan skjønnsmarginen forholder seg til artikkel 3 (avsnitt 5.1.1), deretter artikkel 8 (avsnitt 5.1.2). Avslutningsvis vil jeg se på forholdet mellom vurderingen av ”*fair balance*” og skjønnsmarginen (avsnitt 5.1.3).

### 5.1.1 Artikkel 3

Artikkel 3 er en av bestemmelsene i Konvensjonen som er av en så absolutt karakter at den ikke synes å gi statene noen skjønnsmargin, verken i vurderingen av eksistensen av eller innholdet i en positiv forpliktelse.<sup>203</sup> Konvensjonsorganene har heller ikke gitt uttrykk for at det gis noen skjønnsmargin for staten ved forståelsen av om artikkel 3 er overholdt i det enkelte tilfelle.<sup>204</sup> Dette betyr at de samme faktiske forholdene vil bli bedømt etter de samme rettslige kriteriene, uavhengig av hvilken stat det dreier seg om.<sup>205</sup>

Michael K. Addo og Nicolas Grief argumenterer for at innholdet i artikkel 3 ikke er så absolutt som det ofte fremstilles, og at Domstolen foretar en rekke subjektive vurderinger ved vurderingen av om bestemmelsen er krenket eller ikke.<sup>206</sup> Hvorvidt artikkel 3 er krenket, vil alltid måtte vurderes konkret, og dette kan føre til uklarhet rundt og en viss subjektivitet i anvendelsen av artikkel 3.<sup>207</sup> Dette er likevel ikke hva som ligger i at statene gis en skjønnsmargin. Forskjellen er, at der statene er tilkjent en skjønnsmargin, har de adgang til å ta hensyn til nasjonale forhold ved valg av *virkemiddel* for gjennomføring i nasjonal rett.<sup>208</sup> Relativitet eller subjektivitet i vurderingen av om artikkel 3 er overtrådt er et annet spørsmål som ikke vil bli forfulgt nærmere her. Etter mitt syn åpner ikke

---

<sup>203</sup> Callewaert, Johan. *Is There a Margin of Appreciation in the Application of Articles 2, 3 and 4 of the Convention?* I: Human Rights Law Journal. 1998, vol. 19, utgave 1, s 6-9. Arai-Takahashi, s 220. van Dijk, s 27. Sørensen, s 144.

<sup>204</sup> Arai-Takahashi, s 220. Sørensen, s 144.

<sup>205</sup> Callewaert, s 8.

<sup>206</sup> Addo, s 510 flg. I samme retning også Aall, s 95 og 167.

<sup>207</sup> Addo, s 510 flg.

<sup>208</sup> Callewaert, s 8.

rettspraksis fra Domstolen for en statlig skjønnsmargin ved avgjørelsen av om et forhold omfattes av artikkel 3 eller ikke.

### 5.1.2 Artikkel 8

I Domstolens praksis har prinsippet om statenes skjønnsmargin blitt anvendt på de fleste av Konvensjonens bestemmelser, herunder artikkel 8.<sup>209</sup> For artikkel 8 sin del er det likevel viktig å merke seg at statene ikke vil ha noen skjønnsmargin ved vurderingen av hvorvidt de har tolket Konvensjonen korrekt med tanke på om det kan utledes en positiv forpliktelse eller ikke.<sup>210</sup> Det er ved spørsmålet om innholdet i en positiv forpliktelse at statene tilkjennes en skjønnsmargin.

I EMK-rettslig teori pågår det en diskusjon om hvorvidt eksistensen av en positiv forpliktelse i seg selv taler for en vid skjønnsmargin.<sup>211</sup> Denne diskusjonen bygger blant annet på en uttalelse Domstolen først satte frem i *Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia*, og som er blitt gjentatt i senere saker.<sup>212</sup> Domstolen uttalte at

especially **as far as those positive obligations are concerned**, the notion of "respect" [i artikkel 8] is not clear-cut: having regard to the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the Contracting States, the notion's requirements will vary considerably from case to case. Accordingly, **this is an area in which the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance** with the Convention with due regard to the needs and resources of the community and of individuals (mine uthevinger).<sup>213</sup>

På den annen side er det i EMK-rettslig teori også argumentert for at eksistensen av positive forpliktelser ikke i seg selv taler for at statene skal tilkjennes en vid

---

<sup>209</sup> van Dijk og van Hoof, s 85.

<sup>210</sup> Sørensen, s 144, med videre henvisninger.

<sup>211</sup> van Dijk, s 22 flg. Sørensen, s 155. Arai-Takahashi, s 217 flg.

<sup>212</sup> *Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia*, Serie A 94, avsnitt 67, *Johnston mot Irland*, avsnitt 55.

<sup>213</sup> *Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia*, avsnitt 67.

skjønnsmargin.<sup>214</sup> I forhold til avhandlingens problemstilling vil ulike standpunkter i en slik generell diskusjon være av mindre betydning. Som sitatet ovenfor understreker, vil skjønnsmarginen kunne variere sterkt fra sak til sak, og, underforstått, også mellom ulike typer saker. Dette gjør det sentralt å fokusere på hvilken grad av skjønnsmargin Domstolen har tilkjent statene i saker som omhandler statenes positive forpliktelser ved seksuell vold mellom private. I det følgende vil jeg angi noen momenter som synes å være av betydning ved avgjørelsen av hvor vid skjønnsmargin statene har til å oppfylle sine positive forpliktelser i denne type saker. Jeg har fokusert på Domstolens uttalelser i de to sakene hvis faktum ligger nærest opp til avhandlingens problemstilling, nemlig *X og Y mot Nederland* og *M.C. mot Bulgaria*.

I *X og Y mot Nederland*, saken hvor en psykisk utviklingshemmet jente var blitt voldtatt på institusjonen der hun oppholdt seg, uttalte Domstolen at

**the choice of the means** calculated to secure compliance with Article 8 ... in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the Contracting States' margin of appreciation.<sup>215</sup>

I *M.C. mot Bulgaria*, som omhandlet voldtekt av en mindreårig jente, gjentok Domstolen at statene har en vid skjønnsmargin, og presiserte at “*perceptions of a cultural nature, local circumstances and traditional approaches are to be taken into account*”.<sup>216</sup> Disse uttalelsene to taler således for at Domstolen generelt legger til grunn en vid skjønnsmargin i saker som omhandler statens ansvar for seksuell vold mellom private.

Selv om dette er utgangspunktet, har Domstolen gitt uttrykk for at statenes skjønnsmargin vil kunne bli snevrere når rettigheten ligger i kjernen av det artikkel 8 søker å beskytte. I *X og Y mot Nederland* uttalte den at “[t]his is a case where fundamental values and essential aspects of private life are at stake. Effective deterrence is indispensable in this area and it

---

<sup>214</sup> Ovey, Claire. *The Margin of Appreciation and Article 8 of the Convention*. I: Human Rights Law Journal. 1998, vol. 19, utgave 1, s 10-12, på s 10. van Dijk, s 24. Sørensen, s 155.

<sup>215</sup> *X og Y mot Nederland*, avsnitt 24.

<sup>216</sup> Avsnitt 154.



*can be achieved only by criminal-law provisions*” (min utheving).<sup>217</sup> Avgjørelsen omhandlet, som vi tidligere har sett, voldtekt mellom private. Det er dermed klart at Domstolen mener dette er et forhold som faller inn under betegnelsen ” *fundamental values and essential aspects of private life*”. Også når det gjelder seksuelt misbruk generelt, har Domstolen uttalt at slike overgrep krenker sentrale sider av privatlivet.<sup>218</sup> Detaljerte krav, som krav om straffebestemmelser på nasjonalt plan, vil i snevre inn statenes skjønnsmargin.

Ett annet moment av betydning for hvor vid skjønnsmarginen er i forhold til mellomprivate overgrep, er eksistensen eller fraværet av en felles europeisk standard på det aktuelle rettsområdet.<sup>219</sup> Dette ble eksemplifisert i *M.C. mot Bulgaria*, hvor Domstolen kom frem til at Bulgaria måtte rette seg etter den rådende rettsoppfatningen i Europa for øvrig, hvorefter fravær av samtykke til seksuelt samkvem er det sentrale elementet ved definisjonen av voldtekt.<sup>220</sup> En felles europeisk standard kan således også bidra til å snevre inn statenes skjønnsmargin.<sup>221</sup>

Utgangspunktet for vurderingen er altså at statene har en vid skjønnsmargin i forhold til mellomprivate konflikter etter artikkel 8. Spesielt har Domstolen nevnt at kulturelle oppfatninger, lokale forhold og tradisjonelle tilnærningsmåter skal tas med i betraktning. Samtidig vil skjønnsmarginen begrenses av at man står ovenfor grunnleggende verdier og sentrale sider ved privatlivet. Vi har også sett at fraværet eller eksistensen av en europeisk standard på området, vil kunne spille inn. Ut over dette er vanskelig å si noe sikkert om hvilken grad av skjønn Domstolen tillater staten å utøve ved valg av virkemiddel ved gjennomføringen av positive konvensjonsforpliktelser på nasjonalt plan. Prinsippet om statenes skjønnsmargin vil derfor være et usikkerhetsmoment ved analysen av rekkevidden av statenes positive forpliktelser etter artikkel 8.

---

<sup>217</sup> *X og Y mot Nederland*, avsnitt 27. Domstolen kom med en tilsvarende uttalelse i *M.C. mot Bulgaria*, avsnitt 150. Se også Overy, s 11.

<sup>218</sup> *Stubbings mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 64.

<sup>219</sup> *M.C. mot Bulgaria*, avsnitt 155. *Rees mot Storbritannia*, avsnitt 37. *Rasmussen mot Danmark*. Serie A 47, avsnitt 39.

<sup>220</sup> *M.C. mot Bulgaria*, avsnitt 155 flg.

<sup>221</sup> Macdonald, s 84 og 123 flg. Bernard, s 33-40.

### 5.1.3 *"Fair balance"*-vurderingen og statenes skjønnsmargin

I EMK-rettslig litteratur som omhandler statenes skjønnsmargin og proporsjonalitetsprinsippet diskuteres det hvordan disse to domstolskapte vurderingstemaene forholder seg til hverandre.<sup>222</sup> Det har blant annet blitt anført at *"fair balance"*-vurderingen i proporsjonalitetsprinsippet har betydning i vurderingen av hvorvidt statene kan sies å ha oppfylt sine positive forpliktelser innenfor den tillatte skjønnsmarginen.<sup>223</sup> Dette slik at *"fair balance"*-vurderingen kan gi en indikasjon på om skjønnsmarginen er overholdt eller ikke. Det synes imidlertid å være ulike oppfatninger av om en ny vurdering av *"fair balance"*, for å se om statene har oppfylt sine positive forpliktelser, vil kunne tilføre noe nytt etter at samme vurdering først er blitt benyttet for å avgjøre eksistensen av en positiv forpliktelse.<sup>224</sup>

I avsnitt 3.2.5 ble *"fair balance"*-vurderingens egnethet vurdert i forhold til spørsmålet om eksistensen av positive forpliktelser for staten ved seksuell vold mellom private. De samme innvendingene mot vurderingstemaets egnethet i saker som omhandler seksuell vold mellom private som ble diskutert der, vil gjøre seg gjeldende ved spørsmålet om statene har oppfylt sine forpliktelser. En vurdering av hvorvidt det foreligger en rimelig balanse mellom samfunnets og individets interesser, synes dermed å være lite egnet til å belyse om staten har oppfylt sine positive plikter innenfor den tillatte skjønnsmargin i saker som omhandler seksuell vold mellom private.

## 5.2 Kort om to sentrale vurderingstemaer

Før jeg inn på de konkrete pliktene i artikkel 3 og artikkel 8, bør to vurderingstemaer som Domstolen gjennomgående legger vekt på når den vurderer hvilke tiltak statene skal treffe for å ivareta sine positive forpliktelser ved seksuell vold mellom private introduseres. Begge vurderingstemaene kan sees på som utslag av prinsippet om formålsrettet tolking og effektivitetsprinsippet.

---

<sup>222</sup> Arai-Takahashi, s 14 flg og s 87 flg. van Dijk, s 22 flg. Mowbray, s 186. Sørensen, s 144.

<sup>223</sup> Arai-Takahashi, s 14 og 222. van Dijk s 23. Mowbray, s 186-187.

<sup>224</sup> van Dijk, s 24. Mowbray, s 186.

### 5.2.1 Tiltakene skal være egnet til å sikre respekt for privatlivet

I samsvar med ordlyden i artikkel 8 har Domstolen lagt vekt på at de tiltakene som treffes skal være "*designed to secure respect for private life*".<sup>225</sup> At tiltakene skal være "*designed to*", innebærer at de skal være utformet med det formål å sikre respekt for privatlivet. De må med andre ord være *egnet* til å sikre respekt. I dette ligger det ikke at staten må kunne garantere at tiltakene gir respekt i praksis, det er et uttrykk for hva offentlige myndigheter skal ha som målsetning når de avgjør hvilke tiltak de skal fatte for å oppfylle forpliktelsene i artikkel 8.

I forhold til artikkel 3 har ikke dette vurderingstemaet kommet like tydelig frem i Domstolens praksis. Likevel vil det kunne være av betydning. Som nevnt i avsnitt 2.3.2, dekker begrepet privatliv den fysiske og psykiske verdighet. Å sikre respekt for den menneskelige verdighet har Domstolen uttrykt som "[t]he very essence of the Convention".<sup>226</sup> Domstolen har også uttalt at å beskytte den individuelle verdighet er ett av hovedformålene bak artikkel 3.<sup>227</sup> Å sikre respekt for privatlivet og hensynet til den menneskelige verdighet vil derfor i stor grad være to sider av samme sak. Hvilke tiltak som er egnet til å sikre respekt for privatlivet kan dermed være et vurderingstema også når forpliktelsene etter artikkel 3 skal oppfylles.

### 5.2.2 Tiltakene skal være egnet til å gi en effektiv preventiv effekt

I *X og Y mot Nederland* uttalte Domstolen at "[t]his is a case where fundamental values and essential aspects of private life are at stake. **Effective deterrence is indispensable in this area**" (min utheving).<sup>228</sup> Dette ble også understreket i *M.C. mot Bulgaria*.<sup>229</sup> Direkte oversatt ville dette innebære effektiv avskrekkelse, altså at straffesanksjoner effektivt skremmer folk fra å begå overgrep. Domstolen er av den oppfatning at "avskrekkelseeffekten" er vesentlig for å sikre de rettighetene bestemmelsene gir. Hva dette kriteriet om effektiv avskrekkelse konkret innebærer er uklart. Et minstekrav må likevel være at tiltakene som treffes er egnet til å gi en effektiv preventiv effekt.

---

<sup>225</sup> *X og Y mot Nederland*, avsnitt 23. Tilsvarende *Stubbings mot Storbritannia*, avsnitt 62.

<sup>226</sup> *Pretty mot Storbritannia*, avsnitt 65.

<sup>227</sup> *Tyrer mot Storbritannia*, avsnitt 33.

<sup>228</sup> Avsnitt 27.

<sup>229</sup> Avsnitt 150.

Sammenhengen mellom effektiv avskrekkelse og straffesanksjoner trekkes dessuten frem i begge avgjørelsene. Fortsettelsen av sitatet fra *X og Y*-saken ovenfor lyder ”*and it can be achieved **only** by criminal-law provisions*” (min utheving).<sup>230</sup> I *M.C. mot Bulgaria* argumenterte Bulgaria med at det var adgang til å reise sivil rettskrav etter nasjonal lovgivning. Dette avviste Domstolen som utilstrekkelig, idet den uttalte at ”*effective protection against rape and sexual abuse requires measures of a criminal-law nature*”.<sup>231</sup> Det skal likevel ikke utelukkes at prevensjonshensynet også kan tale for tiltak som ikke er av en strafferettslig natur.

### 5.3 Nasjonale straffesystemer

I det følgende skal jeg beskrive de ulike kravene artiklene 3 og 8 stiller til statenes nasjonale straffesystemer. Disse må være tilfredsstillende for at statene kan sies å ha oppfylt sine positive forpliktelser ved tilfeller av seksuell vold i den private sfære.

Domstolen har ved flere anledninger stilt krav til de nasjonale straffesystemenes håndtering av seksuell vold mellom private.<sup>232</sup> I *M.C. mot Bulgaria* ble dette uttrykt som en plikt til å ”*establish and apply effectively a criminal-law system punishing all forms of rape and sexual abuse*”.<sup>233</sup> Ordlyden i sitatet viser at Domstolen legger vekt på at retten til frihet fra seksuell vold skal gjøres effektiv og at dette krever et nasjonalt straffesystem (”*criminal-law system*”).

I den videre fremstillingen av kravene Konvensjonen stiller til de nasjonale straffesystemer, vil jeg ta utgangspunkt i saken *M.C. mot Bulgaria*. Dommen er valgt fordi den omhandler Konvensjonens krav til innholdet i nasjonal straffelovgivning og etterforskning i en sak om voldtekt mellom private, og derfor er høyst relevant. Den er også en av de få avgjørelsene fra Domstolen på dette området hvor Domstolen kommer med en del generelle uttalelser. Blant annet vier Domstolen avsnittene 148-166 til en generell redegjørelse om ”*[t]he existence of a positive obligation to punish rape and to investigate rape cases*” og ”*[t]he modern conception of the elements of rape and its*

---

<sup>230</sup> *X og Y mot Nederland*, avsnitt 27.

<sup>231</sup> Avsnitt 186.

<sup>232</sup> Se for eksempel *M.C. mot Bulgaria*, avsnitt 166. *X og Y mot Nederland*, avsnitt 27.

<sup>233</sup> Avsnitt 185.

*impact on the substance of member States' positive obligation to provide adequate protection*". Det er derfor grunn til å tro at avgjørelsen kan få betydning i senere saker, også hvor offeret ikke er mindreårig.

I det følgende vil jeg beskrive de ulike retningslinjene Domstolen har stilt opp. Siden det er avsagt få dommer som direkte omhandler statens handlingsplikter ved seksuell vold mellom private, vil faktum i disse sakene i stor grad være avgjørende for hvilke konkrete plikter Domstolen har uttalt seg om. Fremstillingen må derfor ikke ansees som noen uttømmende redegjørelse for de positive plikter Konvensjonens artikler 3 og 8 pålegger statene ved seksuell vold mellom private. Jeg vil først se på hvilke krav Domstolen stiller til straffebestemmelsene i nasjonal lov (avsnitt 5.3.1), før jeg går over til plikten til å etterforske seksuell vold mellom private og innholdet i denne (avsnitt 5.3.2). Deretter retter jeg fokus mot spørsmålet om offentlig påtale (avsnitt 5.3.3) og dernest hvorvidt det offentlige har en plikt til å reise tiltale (avsnitt 5.3.4).

### 5.3.1 Krav til nasjonale straffebestemmelser

*M.C. mot Bulgaria* dreide seg om ei jente på 14 år. Hun hadde blitt med tre eldre gutter hun kjente litt fra før på en bar. Etter dette ønsket *M.C.* å dra hjem, men guttene insisterte på et nattbad. Mens to av guttene badet tvang så den tredje henne til å ha samleie med ham i bilen. Senere dro de til huset til en av guttenes slektninger, hvor en annen av guttene tvang henne til samleie.<sup>234</sup> Overgriperne ble ikke funnet skyldige etter nasjonal rett.<sup>235</sup>

For Domstolen var spørsmålet blant annet om bulgarsk straffelovgivning oppfylte kravene til definisjonen av voldtekt i henhold til artiklene 3 og 8. *M.C.* hevdet at myndighetene i praksis kun straffeforfulgte voldtektssaker der de hadde bevis for at overgriperen hadde brukt fysisk vold og at offeret hadde satt seg fysisk til motverge.<sup>236</sup> I sin "*General approach*", før selve subsumsjonen, slo Domstolen fast at "*the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring **the penalization ... of any non-consensual sexual act***" (min utheving).<sup>237</sup> Med tanke på

---

<sup>234</sup> Avsnittene 11-36.

<sup>235</sup> Avsnittene 60-62.

<sup>236</sup> Avsnitt 113.

<sup>237</sup> Avsnitt 166.

hvilke overgrep som krever straffesanksjoner, uttalte Domstolen at dette gjaldt ”*grave acts such as rape, where fundamental values and essential aspects of private life are at stake*”.<sup>238</sup> Domstolen har også tidligere lagt vekt på at grunnleggende verdier og viktige sider ved privatlivet krever straffesanksjoner for at vernet skal kunne sies å være overholdt fra statens side.<sup>239</sup> Det er verdt å merke seg at begge sitatene ovenfor etter sin ordlyd ikke bare favner voldtekt, men også andre former for seksuell vold.

I *M.C.*-saken avviste Domstolen at nasjonal rett kan kreve bevis for at offeret har satt seg fysisk til motverge.<sup>240</sup> Lovtekstens ordlyd vil i seg selv ikke være avgjørende, poenget er hvordan lovverket anvendes i praksis.<sup>241</sup> Med dette stiller Domstolen krav til tolking og anvendelse av nasjonal lov, og det sentrale er fraværet av et frivillig samtykke.

Konvensjonen krever således at nasjonal lovgivning utformes slik at den som utfører en seksuell handling uten samtykke bryter et straffebud. Er ikke nasjonal lovgivning i samsvar med Konvensjonen, vil staten bli holdt ansvarlig. Et eksempel på at Domstolen har holdt en stat ansvarlig på grunn av utformingen av nasjonal lovgivning er *A mot Storbritannia*. Denne saken gjaldt ikke seksuell vold, men en gutt som hadde blitt slått av sin stefar. Her slo Domstolen fast at britisk lovgivning ikke ga tilstrekkelig vern mot fysisk vold mot barn, noe som medførte krenkelse av artikkel 3.<sup>242</sup>

Begrunnelsen for kravet om straffesanksjoner er at det er den eneste måten å få ”*effective deterrence*”.<sup>243</sup> Det Domstolen indirekte søker er, slik jeg forstår den, en allmennpreventiv virkning.<sup>244</sup> Det er verdt å merke seg at Domstolen synes å mene at det å avskrekke personer fra å krenke andres rettigheter i seg selv er en sentral positiv plikt.

Det kan stilles spørsmålstegn ved om dette innebærer at Konvensjonen også setter krav til straffennivået i nasjonal rett. Når Konvensjonen forplikter statene ”*to enact criminal-law*

---

<sup>238</sup> Avsnitt 150.

<sup>239</sup> *X og Y mot Nederland*, avsnitt 27. *Stubbings mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 64 (”*essential aspects*”).

<sup>240</sup> Avsnitt 166.

<sup>241</sup> Avsnitt 170 og 171.

<sup>242</sup> *A mot Storbritannia*, RJD 1998-VI, avsnitt 24.

<sup>243</sup> Avsnitt 150.

<sup>244</sup> Se avsnitt 5.2.2.

*provisions effectively punishing rape*”,<sup>245</sup> både gjennom krav til selve lovteksten og til den praktiske anvendelsen av den, er det ikke unaturlig at både typen straff og lengden på straffen har betydning. Dette berøres imidlertid ikke direkte verken i denne dommen eller, så vidt jeg har kunnet se, i andre avgjørelser vedrørende artiklene 3 og 8. Skulle man fulgt denne tankerekken videre, ville man måttet se nærmere på hva som ligger i begrepet effektiv straff. Er straffen effektiv bare når den avskrekker potensielle overgripere, når offeret mener den er tilstrekkelig streng, eller når den forhindrer at en overgriper forgriper seg på nytt? Og, vil en symbolsk straff på en dag eller to kunne tilfredsstille Konvensjonens krav? På bakgrunn av materialet som ligger til grunn for denne avhandlingen er det ikke grunnlag for å spekulere ytterligere i dette, men vi kan konstantere at Domstolen stadig utvikler Konvensjonen, og at en utvikling eller en presisering i denne retningen ikke kan utelukkes.

### 5.3.2 Offentlig etterforskning

En offentlig etterforskning kan være av avgjørende betydning for effektivt å straffe mellomprivate overgrep. Når det gjelder seksuell vold mellom private, har Domstolen gitt uttrykk for at statene har en positiv forpliktelse til å etterforske overgrep. I *M.C. mot Bulgaria* uttalte Domstolen at

the Court ... finds that **the investigation** of the applicant's case ... **fell short of the requirements** inherent in the States' positive obligations - viewed in the light of the relevant modern standards in comparative and international law - **to establish and apply effectively a criminal-law system** punishing all forms of rape and sexual abuse (mine uthevinger).<sup>246</sup>

Domstolen anerkjenner dermed offentlig etterforskning som en del av et system som effektivt straffer seksuell vold. Det er videre av betydning at Domstolen formulerer seg generelt og lar etterforskningsplikten omfatte alle former for seksuelle overgrep.

---

<sup>245</sup> *M.C. mot Bulgaria*, avsnitt 153.

<sup>246</sup> Avsnitt 185.

Denne forståelsen av Konvensjonen har også bred støtte i enkelte andre deler av internasjonal rett, hvor man ser tendenser som peker mot et økt ansvar for statene til å etterforske overgrep mellom private. I denne sammenhengen kan det nevnes at Europarådets Parlamentarikerforsamling i sin *Recommendation on domestic violence against women* oppfordret medlemsstatene til å anerkjenne at de har en plikt til å etterforske og straffe alle former for vold i nære relasjoner.<sup>247</sup> Også FNs erklæring om avskaffelse av vold mot kvinner og Beijing-plattformen oppfordrer statene til å etterforske mellomprivat vold mot kvinner.<sup>248</sup> Disse kildenes selvstendige betydning for tolkingen av EMK er, som vi så i avsnitt 3.1.5 og 3.1.6, begrenset. I denne sammenhengen har de likevel betydning som uttrykk for internasjonal konsensus og utvikling. I sin Hovedanbefaling nr 19 ga da også Kvinnekomiteen uttrykk for at folkeretten åpner for et slikt ansvar; "[u]nder general international law ... States may also be responsible for private acts if they fail to act with due diligence ... to investigate ... acts of violence".<sup>249</sup> Jeg skal ikke ta stilling til verken gyldigheten av denne uttalelsen eller til Kvinnekomiteens autoritet når den uttaler seg om generell internasjonal rett her. Uttalelsen er ment å illustrere at Kvinnekomiteen anerkjenner at internasjonal rett åpner for en generell plikt for staten til å etterforske vold mot kvinner. Disse momentene styrker Domstolens tolking av Konvensjonen, og de kan være av betydning for den videre utvikling av pliktene.

#### 5.3.2.1 Krav til innholdet i etterforskningen

Domstolen har til en viss grad nærmere konkretisert hvordan etterforskningsplikten skal gjennomføres på nasjonalt plan. I *M.C. mot Bulgaria* var etterforskningen blant annet blitt vanskeliggjort ved at offerets, de anklagedes og sentrale vitners vitnemål vek fra hverandre på viktige punkter. På denne bakgrunn oppstilte Domstolen krav om en kontekstsensitiv vurdering ("*context-sensitive assessment*") av forklaringenes troverdighet; det vil si at det skulle tas hensyn til sammenhengen forklaringene er gitt i.<sup>250</sup> Domstolen ga videre uttrykk for at motstridende forklaringer bør konfronteres og vitners troverdighet testes.

---

<sup>247</sup> Parliamentary Assembly Recommendation 1582 (2002) on domestic violence against women.

<sup>248</sup> FNs erklæring om avskaffelse av vold mot kvinner artikkel 4 (1). Beijing-plattformen punkt 124 (b).

<sup>249</sup> Punkt 9.

<sup>250</sup> Avsnitt 177.



Den nasjonale etterforskningen bør også søke å klargjøre omstendighetene rundt det påståtte overgrepet, for eksempel ved å tidfeste hendelsesforløpet, i den grad dette er mulig. Dette innebærer at etterforskningen må være bredt anlagt, og ikke bare fokusere på ”direkte” bevis, slik som fysiske bevis for bruk av vold og motstand eller rop om hjelp. I *M.C. mot Bulgaria* ble etterforskerne spesielt kritisert av Domstolen for å ha hatt en forutinntatt holdning om at det som hadde hendt var en såkalt ”date rape”, og at man derfor ikke kunne konkludere med at gjerningsmennene hadde forstått at *M.C.* ikke hadde samtykket.<sup>251</sup> Avgjørelsen illustrerer med dette betydningen av at det nasjonale regelverket håndheves i samsvar med rettsstatshensynet, og ikke blir styrt av personlige fordommer og forutinntatte holdninger. Betydningen av å arbeide for holdninger basert på respekt og likeverd mellom kjønnene fremheves også i flere internasjonale kvinneverettslige instrumenter.<sup>252</sup> Kravet fra Domstolen er altså at etterforskningen skal være sentrert rundt spørsmålet om samtykke, og at dette skal reflekteres også i etterforskernes holdninger.<sup>253</sup>

I den samme avgjørelsen stilte Domstolen krav til effektivitet med hensyn til bruk av tid i etterforskningen. Under etterforskningen tok det ett år og tre måneder fra anmeldelsen forelå til utspørringen av offeret og andre vitner startet.<sup>254</sup> I ett år av denne tiden ble det ikke arbeidet med saken.<sup>255</sup> Domstolen så på kravet om effektivitet i etterforskningen i form av et visst tempo i saksbehandlingen som en del av kravet om et effektivt straffesystem.<sup>256</sup> Dette viser at rettsstatshensynet står sentralt og at det går hånd i hånd med praktiske og effektive rettigheter; både hensynet til å oppklare og å forfølge straffesaker tilsier en effektiv bruk av tid i etterforskningen.

### 5.3.3 Offentlig påtale

I *X og Y mot Nederland* skyldtes konvensjonsbruddet, som nevnt ovenfor under avsnitt 2.2, at kriteriene for påtale ikke lot seg oppfylle. Krenkelsen oppsto på grunn av et såkalt hull i

---

<sup>251</sup> Avsnittene 179 og 180.

<sup>252</sup> CEDAW, artikkel 5. Hovedanbefaling nr 19, punkt 24 f. Beijing-plattformen, punkt 124 g og k. FNs erklæring om avskaffelse av vold mot kvinner, artikkel 4 j.

<sup>253</sup> *M.C. mot Bulgaria*, avsnittene 179 og 181.

<sup>254</sup> Avsnittene 184 og 185, jfr avsnitt 44-46.

<sup>255</sup> Avsnitt 46.

<sup>256</sup> Avsnitt 185.

lovgivningen; en situasjon den nasjonale lovgiver ikke hadde forutsett. Domstolen gjorde det klart at dette ikke kunne fritta staten for ansvar etter EMK.<sup>257</sup> Domstolen stilte ikke opp spesifikke kriterier for utformingen av regler om påtale, altså om hvem som har ansvaret for å anmelde forholdet til politiet, i denne saken. Slik jeg ser det, er det likevel klart at også disse reglene må støtte opp under prinsippet om effektive rettigheter og effektiv prevensjon.

Dette reiser spørsmål om hvilke ordninger som tilfredsstiller Konvensjonens krav. I sin resolusjon om vold i nære relasjoner anbefaler Europarådets Parlamentarikerforsamling å gi det offentlige adgang til å reise påtale, og dette vil kunne være en løsning også ved seksuell vold mellom private.<sup>258</sup> En slik regel vil kunne forhindre at situasjoner lovgiver ikke har forutsett får slike konsekvenser som i *X og Y*-saken. En regel om offentlig påtale vil dessuten være egnet både til å sikre respekt for privatlivet og til å gi en preventiv effekt. I tillegg kan det stilles spørsmålstegn ved om kravene til et effektivt et straffesystem som straffer alle former for voldtekt og seksuelt misbruk er oppfylt hvis straffeforfølgning avhenger av at offeret begjærer påtale. Domstolen har ikke uttalt seg om denne problemstillingen i forhold til verken artikkel 3 eller 8. Det finnes heller ingen klare holdepunkter i annen internasjonal rett, så vidt jeg har kunnet bringe på det rene. Det er således ikke grunnlag for å trekke noen sikre konklusjoner om hva som er gjeldende rett på dette området.

#### 5.3.4 En plikt til å reise tiltale?

Oppstiller Konvensjonen en plikt for staten til å reise tiltale i saker som omhandler seksuell vold? En slik mulig plikt bunner i Domstolens bruk av ordet "*prosecution*" i forbindelse med sin "*General Approach*" i *M.C.*-saken. Ordet har en vid betydning og kan ha så forskjellige betydninger som rettslig forfølgning, straffeforfølgning, tiltalebeslutning og straffesak.<sup>259</sup> I avgjørelsen sa Domstolen i avsnitt 153 at statene plikter å ha

---

<sup>257</sup> Avsnitt 27.

<sup>258</sup> Anbefaling 1582 (2002), punkt 7 vi.

<sup>259</sup> *Norsk-engelsk juridisk ordbok. Strafferett, straffeprosess og andre juridiske termer.* Patrick Chaffey og Ronald Walford. 2. utgave, Oslo, 1997. *Stor norsk-engelsk juridisk ordbok.* Ronald L. Craig. Oslo, 1999. *Engelsk-norsk juridisk ordbok.* Åge Lind. Oslo, 2000. *Black's Law Dictionary.* Sjefsredaktør: Bryan A. Garner. 8. utgave, St. Paul, 2004.

straffebestemmelser som effektivt straffer voldtekt og at de plikter å "*apply them in practice through effective investigation and prosecution*". Her skiller altså Domstolen mellom etterforskning og "*prosecution*", og det er naturlig å forstå ordlyden slik at Domstolen sikter til enten en tiltalebeslutning eller en etterfølgende straffesak (som jo vil innebære en tiltalebeslutning). I avsnitt 166 nevnes ikke etterforskningsplikten uttrykkelig. Derimot nevnes statenes plikt til å sørge for "*the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act*". Dette sitatet kan tyde på at Domstolen også bruker "*prosecution*" i en videre betydning, som uttrykk for en plikt til å straffeforfølge, og herunder etterforske, overgrep. Her vil man dessuten se at "*prosecution*" i snever forstand kun brukes om voldtektssaker, og det kan følgelig stilles spørsmålstegn ved om man i denne sammenheng skal skille mellom voldtektssaker og andre former for seksuell vold.<sup>260</sup>

I den franske versjonen av dommen er det i stedet for det engelske "*prosecution*", benyttet to ulike uttrykk, nemlig "*poursuites*" i avsnitt 153 og "*répression effective*" i avsnitt 166. Begge uttrykkene har en vid betydning og "*poursuites*" dekker de fleste sider ved en straffeforfølgning, inkludert etterforskningsstadiet.<sup>261</sup> "*[R]épression effective*" har en liknende betydning, men går mer i retning av at overgrep skal undertrykkes effektivt, nærmest forhindres.<sup>262</sup> Den franske utgaven taler dermed mot en slik forståelse. Jeg skal ikke gå ytterligere inn på dette her. Skulle Domstolen stille opp en ubetinget plikt til å reise tiltale ville det representere et relativt stort inngrep både i statenes suverenitet og i den tiltaltes rettigheter. Det ville derfor kreve at det oppstilles retningslinjer for hvordan og nårplikten skulle anvendes. Dette har ikke skjedd, og det er derfor grunn til å tro at Domstolens ordvalg ikke er ment å stille opp et eget krav til å reise tiltale. Mer sannsynlig er det at ordvalget er ment som et uttrykk for at statene plikter å gjennomføre straffeprosessen frem til domfellelse der det er grunnlag for det. Dette slik at statene ikke skal kunne stanse halvveis, for eksempel etter å ha etterforsket saken, funnet noen mistenkte og så bare latt tiden gå. Dette støttes også av ordlyden i den franske utgaven av dommen. Avgjørelsen av hvor langt det er forsvarlig å ta en sak må selvfølgelig tas ut fra

---

<sup>260</sup> *M.C. mot Bulgaria*, avsnittene 153 og 166.

<sup>261</sup> Bridge, F.H.S, *Council of Europe French-English Legal Dictionary*. Strasbourg, 1994.

<sup>262</sup> Bridge. En takk til Markus Heistad, vitenskapelig assistent ved Senter for Europarett, UiO, for hjelp med den franske versjonen.

en konkret vurdering i den enkelte sak. Hensynet til en effektiv rett til frihet fra seksuell vold tilsier imidlertid at straffeprosessen ikke bare må startes, men at den også må få en forsvarlig avslutning.

#### 5.4 Tiltak for å beskytte kvinner som utsettes for seksuell vold

I det foregående har jeg sett på kravene EMK stiller til straffesystemene i hvert enkelt medlemsland. For kvinner som befinner seg i en situasjon hvor de utsettes for seksuell vold, vil imidlertid det mest prekære være at risikoen for nye overgrep minimeres.

Avgjørelser fra Domstolen indikerer at staten til en viss grad plikter å gjøre beskyttelsestiltak tilgjengelige for utsatte kvinner. Seksuell vold mellom private er imidlertid en uensartet gruppe overgrep og beskyttelsestiltak kan innebære så mangt. I det følgende vil jeg derfor starte med å gi noen eksempler på hvordan Domstolen har forholdt seg til spørsmålet om denne type tiltak i saker som ikke direkte omhandler avhandlingens tema. Sakene er valgt fordi de illustrerer hvordan en effektiv rett til frihet fra seksuelle overgrep fra privatpersoner kan kreve andre tiltak enn straffe- og straffeprosessrettslige.

Domstolen har i minst to saker vedrørende omsorgssvikt ovenfor mindreårige fastsatt en aktsomhetsplikt for offentlige organer ved forhold, herunder seksuell vold, som krenker artikkel 3.<sup>263</sup> Vurderingstemaet var hvorvidt lokale helse- og sosialmyndigheter “*was, or ought to have been, aware that the applicants were suffering or at risk of abuse and, if so, whether they took the steps reasonably available to them to protect them from that abuse*”.<sup>264</sup> Konkret har det vært det spørsmål om offentlige myndigheter skulle ha grepet inn og stanset overgrepene ved å overta omsorgen for barna på et tidligere tidspunkt enn de gjorde.

I forhold til denne avhandlingen blir spørsmålet om disse avgjørelsene kan ha en overføringsverdi med tanke på seksuell vold mot kvinner. Det vil riktig nok aldri være tale om at staten skal overta omsorgen for mentalt friske, voksne kvinner. Hensynene til privatliv og personvern vil stå sterkt, blant annet fordi et eventuelt inngrep vil skje i en svært intim sfære, som er beskyttet av retten til privatliv i EMK artikkel 8. Bestemmelsen

---

<sup>263</sup> E mfl. mot Storbritannia og Z mfl. mot Storbritannia.

<sup>264</sup> E mfl. mot Storbritannia, avsnitt 92.

beskytter ”retten til en sfære, indenfor hvilken individet uforstyrret kan utfolde og utvikle sin personlighet”,<sup>265</sup> noe som blant annet innebærer at den begrenser adgangen til å overvåke og registrere informasjon vedrørende privatlivet. Det skal derfor mye til for å skulle kunne oppstille en plikt til å gripe inn selv der myndighetene vet eller burde ha visst om mellomprivat seksuell vold mot kvinner.<sup>266</sup> Rettspraksis fra Domstolen gir etter min mening ikke grunn til å tro at det er grunnlag for dette.

Spørsmålet om offentlige myndigheter plikter å tilrettelegge for at kvinner som utsettes for overgrep skal ha mulighet til å minske risikoen for fortsatte overgrep, er likevel aktuelt. Sakene *Whiteside mot Storbritannia* og *Airey mot Irland* belyser to ulike sider ved denne problemstillingen.<sup>267</sup>

I *Whiteside mot Storbritannia* ble den kvinnelige klageren plaget av sin tidligere, delvis voldelige partner. Det var ikke snakk om seksuell vold i denne saken, likevel er den av betydning idet Kommisjonen drøftet kravene i artikkel 8 og artikkel 1 i Tilleggsprotokoll 1 til Konvensjonen, som gir en rett til ”å få nyte sin eiendom i fred”, stiller til nasjonale rettsmidler.<sup>268</sup> Domstolen kom frem til at staten hadde ”a positive obligation to secure the applicant's rights by providing **adequate protection** against this type of deliberate persecution” (min utheving).<sup>269</sup> Kommisjonen uttalte videre, at man ikke nødvendigvis kunne kreve at det forelå ett rettsmiddel i nasjonal rett som dekket alle sider ved forholdet, og konkluderte med at

the present applicant had, in relation to her complaints under Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1), available to her remedies which could have provided her with effective relief and, in relation to her complaints under Article 8 (Art. 8), the

---

<sup>265</sup> *Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer (art 1-10)*, s 384-385.

<sup>266</sup> Med unntak av pliktene knyttet til straffesystemet, se avsnitt 5.3.

<sup>267</sup> *Whiteside mot Storbritannia*, 1994, DR 80. *Airey mot Irland*, 1979, Serie A 32.

<sup>268</sup> Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950, artikkel 1.

<sup>269</sup> S 86.

possibility of appealing against the adverse first instance decision in the County Court, which she did not avail herself of.<sup>270</sup>

Poenget var altså at nasjonal rett samlet sett ga en tilfredsstillende beskyttelse. Blant tiltakene som ble fremhevet i avgjørelsen var erstatning og forbud mot å oppsøke klageren eller hennes eiendom.<sup>271</sup>

I *Airey mot Irland* hadde klageren ved flere anledninger blitt slått av sin voldelige ektefelle. Irsk rett påbød ektefeller å bo sammen. Hun ønsket derfor en juridisk separasjon ved dom for å oppheve denne plikten. I klagerens tilfelle var ikke denne retten gjort praktisk og effektiv, fordi hun ikke hadde råd til advokat og heller ikke kunne få fri rettshjelp. Domstolen la vekt på å vise at retten til å søke juridisk separasjon i klagerens tilfelle ikke kunne gjøres effektiv uten ved juridisk bistand, og at grunnen til at klageren ikke fikk slik bistand var hennes økonomiske situasjon. Det var derfor ikke mulig for henne å få opphevet den lovbestemte plikten til å bo sammen med sin voldelige ektefelle. Dette utgjorde et brudd både på artikkel 6(1) og på retten til respekt for privatlivet etter artikkel 8.<sup>272</sup> Keir Starmer forstår dommen slik at "[o]ne of the factors underpinning the European Court's decision in *Airey v UK* ... was the recognition that the applicant needed protection from her alcoholic and violent husband".<sup>273</sup> En slik forståelse av avgjørelsen kan, slik jeg ser det, ikke leses direkte ut av domsgrunnene. Det skal likevel ikke utelukkes at klagerens beskyttelsesbehov kan ha påvirket Domstolens tolkingsresultat. En slik forståelse av dommen vil dessuten være i tråd med Europarådets Parlamentarikerforsamlings oppfordring (som vel og merke kom lenge etter dommen) om å gi fri rettshjelp til ofre for vold i nære relasjoner.<sup>274</sup>

Både *Whiteside* og *Airey* bygger på en erkjennelse av at det er av stor betydning for retten til frihet fra privat voldsutøvelse at det finnes praktiske alternativer til en hverdag med

---

<sup>270</sup> S 88.

<sup>271</sup> S 87 og 88.

<sup>272</sup> Avsnitt 33, jfr avsnittene 20-28.

<sup>273</sup> Starmer, s 538-539.

<sup>274</sup> Anbefaling 1582 (2002), avsnitt 7.i.

vold. Dette er minst like aktuelt ved overgrep i form av seksuell vold. Også her vil vern av den fysiske og psykiske integritet, i form av tiltak som gir fysisk sikkerhet og minsker et eventuelt avhengighetsforhold til overgriperen, stå sentralt. I forbindelse med vedvarende overgrep vil særlig ulike former for forbud mot å oppsøke offeret kunne være aktuelle.

Rettspraksis på området er altså begrenset, og det er uklart hvilke retningslinjer som skal legges til grunn når konkrete beskyttelsestiltak skal utformes i nasjonal rett. I forhold til Kvinnekonvensjonens krav til beskyttelsestiltak finnes det derimot en avgjørelse som direkte omhandler denne problemstillingen. For å belyse hva som *kan* ligge i et krav om å gjøre beskyttelsestiltak tilgjengelige for utsatte kvinner etter EMK, vil jeg derfor kort redegjøre for Kvinnekomiteens avgjørelse i *Ms. A.T. mot Ungarn*.<sup>275</sup>

I saken var klageren regelmessig blitt utsatt for grov vold fra sin tidligere ektefelle over en periode på fire år. Ektefellen hadde også truet med å drepe klageren og å voldta deres felles barn. Klagen ble vurdert i forhold til artiklene 2a, b og e, 5a og 16 i Kvinnekonvensjonen. Bestemmelsene går kort oppsummert ut på at statene forplikter seg til å forfølge målsetningen om å eliminere all diskriminering av kvinner, blant annet gjennom lovgivning, sikre kvinner og menn like rettigheter i forbindelse med ekteskaps- og familieforhold, samt motarbeide stereotype kjønnsroller. Kvinnekomiteen måtte altså ta stilling til om Ungarn hadde oppfylt sine forpliktelser ovenfor klageren på disse områdene.

Ungarn ble i saken kritisert for ikke å ha effektive tiltak, rettslige og andre, som sikret klagerens fysiske og psykiske integritet og et trygt sted å bo. For eksempel hadde klageren etter ungarsk rett verken mulighet til å få eksklusiv bruksrett til boligen hun og ektefellen eide i fellesskap, få kjøpt ut ektefellen eller på annen måte hindre at han hadde rett til å være i huset. Kvinnekomiteen påpekte at klageren ikke hadde adgang til å be om et rettslig påbud om at han skulle slutte å oppsøke henne ("*restraining or protection order*"), siden disse rettsmidlene ikke fantes i nasjonal rett. Hun hadde heller ikke mulighet til å bo på et krisesenter ("*shelter*") siden ingen av senterne var tilpasset behovene til hennes

---

<sup>275</sup> *Ms. A.T. mot Ungarn*, 26. januar 2005. Ikke publisert, saksnummer: 2/2003. Avgjørelsen var Kvinnekomiteens andre avgjørelse av en konkret tvist.

hjerneskadde barn.<sup>276</sup> Kvinnekomiteen kritiserte også Ungarn for ikke å ha fulgt opp deres krav om strakstiltak for å bedre klagerens situasjon.<sup>277</sup> I tillegg krevde Kvinnekonvensjonens bestemmelser at klageren skulle få økonomisk støtte i form av barnetrygd, fri rettshjelp og en erstatning som sto i forhold til krenkelsen av hennes rettigheter.<sup>278</sup>

Avgjørelsen fra Kvinnekomiteen har ikke avgjørende betydning for tolkingen av EMK, men som tidligere nevnt vil den kunne ha en viss rettskildemessig verdi.<sup>279</sup> Avgjørelsen viser at hensynet til fysisk og psykisk integritet står sterkt også i Kvinnekonvensjonen. Kvinnekomiteen la dessuten vekt på at beskyttelsestiltakene må være praktiske og effektive, noe vi også har sett at står sentralt i EMDs praksis. Begge konvensjonsorganenes avgjørelser legger vekt på praktiske og effektive tiltak. Det er derfor ikke utenkelig at Domstolen vil bevege seg i samme retning som Kvinnekomiteen dersom den skulle få en lignende sak brakt inn for seg.

## 5.5 Plikt til å bistå kvinner som har vært utsatt for seksuell vold

Dette avsnittet omhandler statens plikt til å bistå kvinner som har vært utsatt for seksuell vold; en problemstilling som er nærmest uberørt både i Domstolens praksis og i EMK-rettslig litteratur. Likevel er det relevant å se nærmere på dette spørsmålet, fordi det finnes tendenser i internasjonal rett som går i retning av å gi økte rettigheter til ofre for privat vold generelt, og seksuell vold spesielt. Disse tendensene kan ha betydning for tolkingen av Konvensjonen, da både andre internasjonale instrumenter og den generelle samfunnsutviklingen har relevans ved tolkningen av Konvensjonen.<sup>280</sup>

Jeg vil først se på hvorvidt staten plikter å opprette støttetiltak med det formål å rehabilitere kvinner som har vært utsatt for seksuell vold (avsnitt 5.5.1). Videre diskuterer jeg om kvinner som har vært utsatt for mellomprivat vold kan ha krav på erstatning fra offentlige myndigheter og eller over griper (avsnitt 5.5.2), før jeg ser på hvordan det

---

<sup>276</sup> Avsnitt 9.4.

<sup>277</sup> Avsnitt 9.5.

<sup>278</sup> Avsnitt 9.6.

<sup>279</sup> Se avsnitt 3.1.2 ovenfor.

<sup>280</sup> Se avsnitt 3.1.2, 3.1.4-3.1.6 og 3.2.4.



rettslige innholdet i artiklene 6 og 13 kan virke inn på summen av den beskyttelsen EMK gir mot seksuell vold (avsnitt 5.5.3).

### 5.5.1 Rehabilitering av voldsofre

Internasjonal rett viser en tendens til å legge økt vekt på betydningen av å rehabilitere voldsofre. Dette har blant annet kommet til uttrykk i Kvinnekomiteens Hovedanbefaling nr 19, Beijing-plattformen og Europarådets Parlamentarikerforsamlings anbefaling *Domestic violence against women*, som alle knytter ansvaret for en slik rehabilitering til staten.<sup>281</sup> I Hovedanbefaling nr 19 sier Kvinnekomiteen at “*States parties should establish or support services for victims of family violence, rape, sexual assault (...) specially trained health workers, rehabilitation and counselling*”.<sup>282</sup> Dette er også kjernen i Europarådets Parlamentarikerforsamlings anbefaling. Andre støttetiltak kan være fysisk og psykisk legehjelp, opphold på krisesenter og forskjellige former for økonomisk støtte.

Hvordan vil EMK stille seg til støttetiltak for rehabilitering av ofre for seksuell vold? Dette er ikke omtalt i ordlyden i verken artikkel 3 eller 8 og har heller ikke, så vidt jeg har kunnet se, vært behandlet i Domstolens praksis. Rettstilstanden er altså uavklart. Nedenfor vil jeg se på i hvilken retning utvalgte hensyn som har betydning for tolkingen av EMK trekker.

En plikt til å tilby ofre for seksuell vold statlige støttetiltak med rehabilitering som formål vil være en positiv handlingsplikt som krever store ressurser. Rehabilitering er en prosess som kan ta lang tid og som krever individuell og faglig oppfølging, og som følgelig vil være økonomisk kostbar. Det kan være grunn til å tro at Domstolen vil utvise forsiktighet med tanke på å pålegge statene en så omfattende plikt. Her vil hensynet til statenes suverenitet, og herunder den skjønnsmargin Domstolen har gitt statene, spille inn. Samtidig er det klart at nettopp plikter som krever en del av staten vil utgjøre et incitament til å forhindre at hendelsen som utløser den omfattende plikten, i dette tilfellet den seksuelle volden mellom private, finner sted. På denne måte vil en omfattende positiv forpliktelse

---

<sup>281</sup> Hovedanbefaling nr 19, punkt 24 (k). Beijing-plattformen, punkt 124 d. Europarådets Parlamentarikerforsamlings anbefaling 1582 (2002), punkt 7.

<sup>282</sup> Punkt 24 (k).

kunne forhindre nye overgrep og derigjennom være med på å gjøre retten til frihet fra seksuell vold mer praktisk og mer effektiv.

Å rehabilitere voldsofre vil også være i tråd med vernet om den menneskelige verdighet. Hensynet til hvert individs verdighet vil tale for at dersom verdigheten først er blitt krenket, så bør den gjenopprettes. Først når individet har gjenvunnet verdigheten, kan det nyte de verdiene som ligger i selve begrepet verdighet, og som står så sentralt i Konvensjonen; respekt, ære, selvstendighet, frihet og selvutfoldelse. I denne sammenhengen vil en plikt til å ha et tilbud om rehabilitering av voldsofre kunne spille en sentral rolle.

### 5.5.2 Erstatning

I dette avsnittet vil jeg se på om artiklene 3 og 8 kan gi grunnlag for en plikt for offentlige myndigheter til å sørge for at kvinner som har vært utsatt for seksuell vold kan få erstatning, enten fra staten eller fra overgriper. Problemstillingen er ikke berørt verken i konvensjonsteksten eller i Domstolens praksis. Snur man litt på problemstillingen og stiller spørsmål om et voldsoffer har krav på å kunne rette sivile sanksjoner mot overgriper, har Domstolen imidlertid vært inne på dette i *Stubbings mfl. mot Storbritannia*.<sup>283</sup> I denne saken tok Domstolen opp spørsmålet om hvilken adgang voldsofre har til å rette sivile sanksjoner mot overgriper ved krenkelse av artikkel 8. Klagerne anførte at foreldelsesfristene for sivil erstatningssøksmål i britisk rett stred mot retten til respekt for privatlivet. Domstolen var ikke enig i dette, og uttalte at

Article 8 ... does not necessarily require that States fulfill their positive obligation to secure respect for private life by the provision of unlimited civil remedies in circumstances where criminal law sanctions are in operation.<sup>284</sup>

Det er dermed ikke nødvendig for staten å gi offeret en ubegrenset adgang til å rette sivile sanksjoner mot overgriper. Spørsmålet i vår sammenheng blir om staten plikter å gjøre én

---

<sup>283</sup> Se omtale under avsnitt 2.3.2.

<sup>284</sup> Avsnitt 66.

bestemt sivil sanksjon, nemlig erstatning, tilgjengelig for ofre for privatpersoners seksuelle overgrep.

Ved denne vurderingen vil det være av betydning i hvilken grad internasjonal rett anerkjenner en rett til erstatning for privat voldsutøvelse. Dette har Kvinnekomiteen kommentert i sin Hovedanbefaling nr 19. Hovedanbefaling nr 19 omhandler vold mot kvinner og uttalelsen må forstås i lys av dette;

[u]nder general international law and specific human rights covenants, States may ... be responsible for private acts if they fail to act with due diligence ... for providing compensation.<sup>285</sup>

Formålet er i denne sammenheng å påpeke at Kvinnekomiteen anerkjenner at internasjonal rett åpner for en generell plikt for staten til å gjøre erstatning for privates handlinger tilgjengelig.<sup>286</sup> Det må riktig nok understrekes at komiteen ikke presiserer hva innholdet i en eventuell ”*due diligence*”-vurdering er.

I Hovedanbefaling nr 19 utdyper Kvinnekomiteen statsansvaret i Kvinnekonvensjonen og uttaler at konvensjonen krever effektiv kompensasjon for overgrep i form av seksuell vold.<sup>287</sup> Også Beijing-plattformen og FNs erklæring om avskaffelse av vold mot kvinner anerkjenner at staten er ansvarlig for at kvinner som har vært utsatt for seksuell vold kan få kompensasjon.<sup>288</sup> Etter Hovedanbefaling nr 19 og FNs erklæring om avskaffelse av vold mot kvinner skal staten sørge for at erstatning blir ”*provided*”, mens Beijing-plattformen krever ”*access to ... compensation*”.<sup>289</sup> Felles for dem, inkludert uttalelsen om generell

---

<sup>285</sup> Punkt 9.

<sup>286</sup> Clapham har argumentert for at utviklingen i internasjonal rett støtter opp om en statlig plikt til å kompensere for private menneskerettskrenkelser. Se Clapham, Andrew. *Revisiting Human Rights in the Private Sphere: Using the European Convention on Human Rights to Protect the Rights to Access to Civil Courts*. I: Torture as tort. Redigert av Craig Scott. Oxford, 2001, s 521.

<sup>287</sup> Hovedanbefaling nr 19, punkt 24 (i) og (t)(i).

<sup>288</sup> Beijing-plattformen, punkt 124 d. FNs erklæring om avskaffelse av vold mot kvinner, punkt 4 d.

<sup>289</sup> Hovedanbefaling nr 19, punkt 24 (i) og (t)(i). Beijing-plattformen, punkt 124 d. FNs erklæring om avskaffelse av vold mot kvinner, punkt 4 d.

internasjonal rett, er at det ikke går tydelig frem hvorvidt det er staten selv som plikter å utbetale erstatningen, eller om staten kun skal legge til rette for at voldsutsatte kvinner kan kreve erstatning fra overgriper. Dette er således to separate problemstillinger. Materialet som ligger til grunn for denne avhandlingen gir ikke grunnlag for en dyptgående analyse av disse i forhold til EMK. Den videre fremstillingen vil likevel skissere noen av de hensyn og vurderingstemaer som gjør seg gjeldende ved tolkingen av EMK.

Hensynet til individuell verdighet som grunnleggende konvensjonsverdi kan tale for at kvinner som har vært utsatt for seksuell vold har krav på kompensasjon. Kompensasjon i form av en økonomisk erstatning vil, enten det er fra overgriper eller fra offentlige myndigheter, være en erkjennelse av at man har blitt utsatt for noe klanderverdig. En slik erkjennelse vil kunne bidra til å gjenopprette og styrke offerets verdighet. På denne måten vil erstatning kunne være egnet til å sikre respekten for privatlivet og den menneskelige verdighet. Erstatning vil også kunne bidra til å støtte opp om ulike rettsstatshensyn. For eksempel kan en rettferdighetstankegang støtte opp om erstatning både som oppreisning for offeret og som bot for overgriperen.

Det er også grunn til å spørre seg om prevensjonshensynet, som står sentralt ved utformingen av kravene til de nasjonale straffesystemer, kan støtte opp om et erstatningsansvar. I en uttalelse fra FNs spesialrapportør for tortur sies det at

[t]he Special Rapporteur believes that reparation ... has an inherent preventive and deterrent aspect ... the Special Rapporteur urged all States to provide for fair and adequate reparation, including compensation ... of the victims of torture.<sup>290</sup>

En uttalelse fra FNs spesialrapportør for tortur har riktig nok ingen avgjørende betydning for tolkingen av EMK.<sup>291</sup> I denne sammenhengen er uttalelsen ment å illustrere to ting; at

---

<sup>290</sup> Interim report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. A/55/290 (11. august 2000), på s 7, punkt 28 og 29.

<sup>291</sup> Se avsnitt 3.1.5 ovenfor.

spørsmålet om erstatning diskuteres på et høyt plan internasjonalt, og at eksperter på området støtter et slikt tiltak.

Det fremgår ikke av uttalelsen om det refereres til erstatning fra staten eller fra overgriper. Jeg mener imidlertid at det kan argumenteres for at begge former for erstatning er egnet til å virke preventivt. En plikt for staten til å kompensere for mellomprivat vold vil gi et økonomisk incitament for offentlige myndigheter til å forhindre at overgrep finner sted. For potensielle overgripere vil en erstatningsplikt være egnet til å virke både individual- og allmennpreventivt. På denne måten kan erstatning for overgrep gi en preventiv effekt og derigjennom også bidra til å gjøre retten til frihet fra seksuell vold mer effektiv.

For å oppsummere, så vi ser tegn på at utviklingen i internasjonal rett går i retning av et erstatningsansvar for seksuell vold mellom private, og at de formålene som ligger bak Konvensjonen støtter en slik utvikling. Likevel er det usikkerhet knyttet til problemstillingen, både med tanke på hvem som skal yte erstatningen og fordi et mulig erstatningsansvar, det være seg for staten eller overgriper, ikke er nevnt verken i konvensjonsteksten eller i Domstolens praksis. Vi må også ta hensynet til statenes suverenitet med i betraktning. Dette taler for at Domstolen vil utvise forsiktighet med å pålegge en ny omfattende forpliktelse, som en statlig erstatningsplikt jo vil være. I forhold til erstatning fra overgriper vil ikke dette hensynet gjøre seg like sterkt gjeldende, i og med at det for statens del da kun vil være tale om å tilpasse nasjonal lovgivning. Det er følgelig mange ulike faktorer som spiller inn ved vurderingen av denne problemstillingen, herunder flere internasjonale kilder og grunnleggende konvensjonsverdier. Mange av dem har også større eller mindre usikkerhetsfaktorer knyttet til seg. På bakgrunn av dette materialet, forblir dagens rettstilstand relativt uklar.

### 5.5.3 Adgang til nasjonale domstoler; rettsmiddel og kompensasjon i henhold til artiklene 6 og 13

Konvensjonens artikkel 6 sikrer retten til en rettfærdig rettergang, mens artikkel 13 skal sørge for at "[e]veryone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are

*violated shall have an effective remedy before a national authority*".<sup>292</sup> Bestemmelsene omhandler ikke avhandlingens problemstilling direkte. En generell redegjørelse for artiklene faller utenfor avhandlingens rammer. For å gi et inntrykk av summen av den menneskerettslige beskyttelse Konvensjonen gir i saker som omhandler seksuell vold mellom private, vil jeg likevel skissere hvordan bestemmelsene er anvendt i denne type saker. Vi skal heller ikke se bort fra at artiklene 6 og 13 kan påvirke tolkingen av artiklene 3 og 8.

Artikkel 13 kan ikke påberopes alene, kun i tilknytning til en av de materielle rettighetene i artiklene 2-12.<sup>293</sup> Bestemmelsen forholder seg til artikkel 6 (1) slik, at den absorberes der artikkel 6 oppstiller mer presise krav til domstolsprøvelsen.<sup>294</sup> Artikkel 6 kan på sin side kun påberopes der klageren har anlagt eller blitt part i en rettssak.<sup>295</sup> Domstolen har ikke funnet krenkelse av artikkel 6 i noen av de seks identifiserte sakene som omhandler seksuell vold. Bestemmelsen kan likevel ha betydning i mellomprivate forhold, både med tanke på selve domstolsbehandlingen og på andre områder.<sup>296</sup> Det presiseres at i den grad artiklene 3 og 8 gir en adgang til domstolene, går denne foran retten til effektive rettsmidler i artikkel 13.

Rettspraksis som omhandler seksuell vold mellom private gir ikke noe klart bilde av hvordan artikkel 13 anvendes i denne type saker. I *Z mfl. mot Storbritannia, D.P og J.C mot Storbritannia* og *E mfl. mot Storbritannia*, som alle omhandlet seksuell vold mellom private, uttalte Domstolen at

[w]here alleged failure by the authorities to protect persons from the acts of others is concerned ... [t]here should ... be available to the victim or the victim's family a

---

<sup>292</sup> Artikkel 13. For en generell fremstilling se blant flere *Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer*. Art. 11-59, s 520 flg. van Dijk og van Hoof, s 696 flg.

<sup>293</sup> I tillegg kan bestemmelsen anvendes sammen med materielle bestemmelser i EMKs tilleggsprotokoller. van Dijk og van Hoof, s 695.

<sup>294</sup> *Kudla mot Polen*, RJD 2000-XI, avsnitt 146.

<sup>295</sup> *Aydin mot Tyrkia*, avsnitt 99-102.

<sup>296</sup> Nørregaard, s 240.

mechanism for establishing any liability of State officials or bodies for acts or omissions involving the breach of their rights under the Convention.<sup>297</sup>

Artikkel 13 gir dermed adgang til å rette krav mot offentlige myndigheter fordi de ikke har oppfylt sine positive forpliktelser til å beskytte mot seksuell vold mellom private.

Artikkelen sikrer således at brudd på statsansvaret skal kunne behandles på nasjonalt plan.

I sakene som er sitert ovenfor kom Domstolen frem til at klagerne ikke hadde hatt tilgang til et effektivt rettsmiddel på nasjonalt plan, og at dette innebar en krenkelse av artikkel 13.<sup>298</sup> I tre andre saker som omhandlet seksuell vold mellom private, ble imidlertid ikke artikkel 13 vurdert.

I *X og Y mot Nederland* begrunnet Domstolen avvisningen av en krenkelse av artikkel 13 med at "*whether an adequate means of obtaining a remedy was available*" allerede var vurdert i forbindelse med artikkel 8, og at "*no such means was one of the factors which led it [domstolen] to conclude that Article 8 ... had been violated*".<sup>299</sup> Denne uttalelsen gir grunn til å se på hvordan vurderingstemaene i artikkel 8 og 13 forholder seg til hverandre. Det at Domstolen ikke fortok noen selvstendig vurdering av artikkel 13, men viste til vurderingen under artikkel 8, tyder på at disse vurderingene har felles trekk. Hvor like vurderingene er og om og, eventuelt på hvilken måte, de kan påvirke hverandre lot imidlertid Domstolen stå åpent. van Dijk og van Hoof argumenterer for at Domstolens vurdering under artikkel 13 avhenger av hvordan Domstolen har tolket konvensjonsbestemmelsen(e) artikkel 13 skal anvendes sammen med.<sup>300</sup> Følger vi denne tankegangen vil det, i forhold til avhandlingens tema, kunne spille inn på vurderingen av artikkel 13 hvorvidt Domstolen har kommet frem til at artikkel 3 eller 8 er krenket eller ikke. Det kan også tenkes at spørsmålet om påvirkning kan gå motsatt vei, slik at for eksempel hensyn som står sterkt i artiklene 6 og 13, typisk ulike rettsstatshensyn, kan

---

<sup>297</sup> *Z mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 108. *D.P og J.C mot Storbritannia*, avsnitt 135. *E mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 110.

<sup>298</sup> *Z mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 111. *D.P og J.C mot Storbritannia*, avsnitt 138. *E mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 116.

<sup>299</sup> Avsnitt 36.

<sup>300</sup> van Dijk og van Hoof, s 706 flg.

påvirke tolkingen av artiklene 3 og 8. Det er riktig nok uklart hvordan gjeldende rett forholder seg til disse teoriene.

I *M.C. mot Bulgaria* avviste Domstolen artikkel 13 med at ”*no separate issue arises*”,<sup>301</sup> mens problemstillingen ikke kom opp i *Stubbings mfl. mot Storbritannia*. En kan stille spørsmål om hvorfor Domstolen har hatt ulike tilnærminger til artikkel 13 i disse seks sakene. Én mulig forklaring er at offentlige myndigheter hadde en annen rolle i de tre første sakene enn i de sistnevnte. I disse sakene overvåket nemlig lokale helse- og sosialmyndigheter situasjonen i hjemmene i det tidsrommet overgrepene mot barna fant sted. Dette kan ha gjort at statens mulige ansvar og klagernes behov for å få dette avgjort, har trådt klarere frem i disse sakene.<sup>302</sup>

Et annen uttalelse vedrørende forholdet mellom artiklene 3 og 8 og artikkel 13, ble fremsatt i *Z mfl. mot Storbritannia*. Her uttalte Domstolen ved tolkingen av artikkel 13 at

in the case of a breach of Articles 2 and 3 of the Convention, which rank as the most fundamental provisions of the Convention, **compensation for the non-pecuniary damage** flowing from the breach **should in principle be part of the range of available remedies**.<sup>303</sup>

I *D.P og J.C mot Storbritannia* og *E mfl. mot Storbritannia* formulerte Domstolen seg noe annerledes (”*available as a part of the range of redress*”), men innholdet i uttalelsene var det samme.<sup>304</sup> Dette tyder på at retten til et effektivt rettsmiddel er mer omfattende i saker som omhandler artikkel 2 eller 3, enn i de som omhandler andre bestemmelser, for eksempel artikkel 8. I disse tre sakene var riktig nok ikke mangler i adgangen til å få erstatning for ikke-økonomisk tap alene grunnen til at artikkel 13 var krenket.<sup>305</sup>

---

<sup>301</sup> *M.C. mot Bulgaria*, avsnitt 187.

<sup>302</sup> En skal heller ikke se bort fra at prosessstekniske forhold, slik som hvilke bestemmelser som eksplisitt ble påberopt i de enkelte sakene, kan ha spilt inn.

<sup>303</sup> *Z mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 108.

<sup>304</sup> *D.P og J.C mot Storbritannia*, avsnitt 135. *E mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 110.

<sup>305</sup> Dette var imidlertid tilfellet i *Keenan mot Storbritannia*, RJD 2001-III, avsnitt 131.



Manglende adgang til å få avgjort offentlige myndigheters ansvar for krenkelse av deres rettigheter etter artikkel 3 sto også sentralt.

For å oppsummere, så vil flere ulike vurderinger kunne gjøre seg gjeldende i skjæringspunktet mellom artiklene 3 og 8 på den ene siden, og 6 og 13 på den andre. Disse vurderingene berører avhandlingens problemstilling på flere punkter, og de vil være av betydning for den totale beskyttelse Konvensjonen gir i saker om seksuell vold mellom private.

## 5.6 En plikt til å forebygge seksuell vold mellom private?

Seksuell vold er en grov integritetskrenkelse som medfører fysisk og psykisk lidelse, i enkelte tilfeller på linje med tortur. På bakgrunn av dette, kan man spørre hvorvidt det er mulig fullt ut å kompensere for denne type overgrep, eller om praktiske og effektive rettigheter også krever forebyggende tiltak og om en plikt til å iverksette forebyggende tiltak kan utledes av Konvensjonen. Denne problemstillingen er allerede delvis besvart i avsnitt 5.3 ovenfor, som behandler kravene til nasjonale straffesystemer, herunder krav til preventive tiltak. I dette avsnittet vil jeg fokusere på i hvilken grad statene plikter å forebygge seksuell vold på andre måter enn gjennom straffesystemet. I forhold til artiklene 3 og 8 har Domstolen vært inne på denne problemstillingen, dog ikke med tanke på seksuell vold direkte. Jeg vil i det følgende se på hvorvidt en effektiv rett til frihet fra seksuell vold i henhold til artiklene 3 og 8 krever forebyggende tiltak på nasjonalt plan. Bestemmelsene vil først bli tolket hver for seg på bakgrunn av den rettspraksis som foreligger (avsnittene 5.6.1 og 5.6.2). Deretter vil jeg se på hvordan internasjonal rett forholder deg til problemstillingen (avsnitt 5.6.3).

### 5.6.1 Artikkel 3

Domstolen har i flere saker vedrørende statens positive forpliktelser ved vold mellom private ordlagt seg på en måte som ikke utelukker en plikt til å forebygge krenkelser av artikkel 3. Den har ved flere anledninger uttalt at artikkel 1 jfr artikkel 3

requires States to take measures designed to **ensure** that individuals within their jurisdiction **are not subjected to** [torture/ inhuman or degrading treatment],

including such ill-treatment administered by private individuals (mine uthevinger).<sup>306</sup>

Dette sitatet indikerer en plikt for statene til å fatte tiltak som sikrer at ingen utsettes for handlinger som krenker artikkel 3. Ordlyden, "*ensure that individuals ... are not subjected to*", tilsier dessuten at tiltakene skal være av en forebyggende art.

Blant de sakene dette utsagnet er gjengitt i er det særlig fire som påkaller interesse. Alle disse omhandlet overgrep mot mindreårige ofre. I *M.C. mot Bulgaria* og *A mot Storbritannia* falt den forebyggingsplikten Domstolen ga uttrykk for inn under kravene til de nasjonale straffesystemer. Dette er omtalt i avsnitt 5.3 ovenfor. De to andre sakene, *E mfl. mot Storbritannia* og *Z mfl. mot Storbritannia*, omhandlet andre tiltak. Spørsmålet er om de to sistnevnte sakene også åpner for en plikt til å forebygge overgrep. Selv om sitatet ovenfor nok kan forstås slik, sår fortsettelsen av sitatet tvil om dette. I *E mfl.* og *Z mfl.* fortsetter sitatet slik;

[t]hese measures should provide effective protection, in particular, of children and other vulnerable persons, and include reasonable steps to prevent ill-treatment of which the authorities had or ought to have had knowledge.<sup>307</sup>

Her åpner den første delen av setningen for effektive tiltak, noe som godt kan innebære tiltak for å forebygge krenkelser, mens den siste uttrykkelig nevner forebyggingsspørsmålet sammen med kunnskapskriteriet. Språklig sett utelukker således ikke formuleringen en plikt til å forebygge uavhengig av kunnskap, men den gir heller ingen indikasjon på at en slik plikt finnes. Vi er dermed henvist til å se om andre avgjørelser kan gi ytterligere veiledning.

I *Altun mot Tyskland* fra Kommisjonen og *Soering mot Storbritannia* og *H.L.R mot Frankrike* fra Domstolen berøres spørsmålet om medlemsstatene har en plikt til å

---

<sup>306</sup> *M.C. mot Bulgaria*, avsnitt 149. *E mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 88. *Z mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 73. *A mot Storbritannia*, avsnitt 22.

<sup>307</sup> *E mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 88. *Z mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 73.

forebygge krenkelser av artikkel 3.<sup>308</sup> Problemstillingen i disse sakene gjaldt ikke privat voldsutøvelse, men hvorvidt utvisning av en person kunne stride mot artikkel 3 dersom det var fare for at den som ble utvist ville bli utsatt for tortur, eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, i det landet han ble utvist til. Spørsmålet ble besvart bekreftende, selv om både Kommisjonen og Domstolen understreket at utvisning kun unntaksvis ville kunne komme i konflikt med artikkel 3.<sup>309</sup>

Avgjørelsene inneholder et element av forebyggingsplikt. I begrunnelsen for å ilegge denne plikten la Domstolen i *Soering*-saken vekt på Konvensjonens spesielle karakter som menneskerettskonvensjon. Domstolen fremhevet også betydningen av at

any interpretation of the rights and freedoms guaranteed has to be consistent with "the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society".<sup>310</sup>

Her står artikkel 3 sentralt, idet den ivaretar en av de mest grunnleggende verdiene Konvensjonen bygger på.<sup>311</sup> Betydningen av "*the underlying values of the Convention, that "common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law" to which the Preamble refers*" ble også understreket.<sup>312</sup> Fokuset var således på hvordan Konvensjonens "*spirit*" og de verdiene som ligger til grunn for Konvensjonen underbygger statens ansvar for ikke å bidra til å utsette noen for tortur. Domstolen tok ikke stilling til betydningen av farer som ikke stammer fra staten. Så langt jeg kan se gir likevel ikke dommen grunnlag for å tro at disse momentene skulle ha mindre vekt selv om torturtrusselen kom fra privat hold.

---

<sup>308</sup> *Altun mot Tyskland*, 1983. 36 DR 209. *Soering mot Storbritannia*, 1989, Serie A 161. *H.L.R mot Frankrike*, RJD 1997-III.

<sup>309</sup> I *Altun*-saken ble kriteriet "*an objective danger*" (s 232) benyttet, mens Domstolen i *Soering mot Storbritannia* brukte uttrykket "*substantial grounds for believing that he would be in danger*" (avsnitt 88). I *H.L.R mot Frankrike* uttalte Domstolen at "*it must be shown that the risk is real and that the authorities of the receiving State are not able to obviate the risk by providing appropriate protection*" (avsnitt 40).

<sup>310</sup> Avsnitt 78.

<sup>311</sup> Avsnitt 88. Se også avsnitt 3.2.2.

<sup>312</sup> Avsnitt 88.

I *Altun*-saken ga da Kommissjonen også uttrykk for at "[t]he Commission ... has taken account, in cases of expulsion, of a danger not arising out of the authorities of the State receiving the person concerned", noe *H.L.R mot Frankrike* viste at heller ikke Domstolen ville utelukke.<sup>313</sup> Dette er av betydning i forhold til avhandlingens problemstilling fordi Kommissjonen med dette anerkjente, og Domstolen åpnet for, at staten kan ha en forebyggingsplikt for mellomprivate overgrep som krenker artikkel 3. Denne plikten ble imidlertid ikke spesifisert i avgjørelsene og det er vanskelig å si noe sikkert om hvor langt den strekker seg. I forhold til avhandlingens tema kan man likevel tenke seg at avgjørelsen kan begrense adgangen til å utvise kvinner til områder hvor det er fare for at de vil bli utsatt for seksuell vold fra andre privatpersoner.

På bakgrunn av de sakene som er nevnt, er det uklart om man kan stille opp en generell plikt til å forebygge krenkelse av artikkel 3 i form av seksuell vold mellom private, men det kan heller ikke utelukkes.

#### 5.6.2 Artikkel 8

Det finnes lite rettspraksis fra Domstolen som omhandler forebyggingsplikter etter artikkel 8. I *Osman mot Storbritannia* var imidlertid en liknende problemstilling oppe.<sup>314</sup> Saken omhandlet i hovedsak statens plikt til å forebygge krenkelser av retten til liv i artikkel 2. Faktum var kort fortalt at en lærer hadde utviklet en spesiell hengivenhet ovenfor en av elevene på skolen der han arbeidet. Skolens ledelse hadde holdt løpende kontakt med politiet og informert dem om lærerens oppførsel. Saken endte med at læreren, som tydelig var i mental ubalanse, skjøt og såret eleven og drepte hans far.<sup>315</sup> Kriteriet Domstolen brukte for å vurdere når offentlige myndigheter pliktet å gripe inn var "*the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual*".<sup>316</sup> Etter å ha kommet frem til at staten ikke hadde krenket sine plikter til å beskytte retten til liv etter artikkel 2,

---

<sup>313</sup> *Altun mot Tyskland*, s 232. *H.L.R mot Frankrike*, avsnitt 40; "*the Court does not rule out the possibility*".

<sup>314</sup> *Osman mot Storbritannia*, RJD 1998-VIII.

<sup>315</sup> *Osman mot Storbritannia*, avsnitt 10-71.

<sup>316</sup> Avsnitt 116.

vurderte Domstolen om staten likevel hadde krenket artikkel 8.<sup>317</sup> Denne problemstillingen ble imidlertid også besvart benektende, idet Domstolen uttalte at

that conclusion [dvs ingen krenkelse av artikkel 2] equally supports a finding that there has been no breach of any positive obligation implied by article 8 of the Convention to safeguard the second applicant's physical integrity.<sup>318</sup>

Formuleringen åpner for at det også etter artikkel 8 kan oppstilles en plikt til å forebygge krenkelser og at denne likner eller tilsvare vurderingen etter artikkel 2.<sup>319</sup> Omfanget av en slik plikt må likevel anses som relativt uklart.

### 5.6.3 Traktater og andre internasjonale instrumenter

Retter man blikket mot annen internasjonal rett vil man se at spørsmålet om en plikt til å forebygge menneskerettskrenkelser er berørt på flere områder. Mest generell er kanskje uttalelsen fra Den inter-amerikanske domstol for menneskerettigheter i *Velasquez Rodriguez*-saken.<sup>320</sup> Saken omhandlet statens ansvar for "forsvinninger" begått av "*agents who acted under cover of public authority*" i Honduras.<sup>321</sup> Her uttalte domstolen at

[a]n illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is **the act of a private person** or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of **due diligence to prevent** the violation or to respond to it as required by the Convention (mine uthevinger).<sup>322</sup>

Videre har flere internasjonale kvinnerettslige instrumenter tatt stilling til eksistensen av en plikt til å forebygge mellomprivat vold mot kvinner. Kvinnekomiteens Hovedanbefaling nr

---

<sup>317</sup> Avsnitt 125 og 128-130.

<sup>318</sup> Avsnitt 128.

<sup>319</sup> Starmer, s 406.

<sup>320</sup> *Velasquez Rodriguez*-saken, av 29. juli 1988, (serie C) no. 4.

<sup>321</sup> Avsnitt 182.

<sup>322</sup> *Velasquez Rodriguez*-saken, avsnitt 172.

19, FNs Erklæring om avskaffelse av vold mot kvinner og Beijing-plattformen forplikter alle statene til å utøve ”*due diligence to prevent*” mellomprivat vold mot kvinner.<sup>323</sup> Dette reflekteres i Europarådets Parlamentarikerforsamlings forslag om å lansere en *Campaign to combat domestic violence against women in Europe*.<sup>324</sup> Her slår Europarådets Parlamentarikerforsamling fast at

[m]ember states have an obligation under international law to act with **due diligence** to take effective steps to end violence against women ... If they do not themselves want to be held responsible, states must take **effective measures to prevent** ... such acts by individuals (mine uthevinger).<sup>325</sup>

Også Europarådets Ministerkomite har vist at den deler dette synet i en anbefaling som omhandler *The protection of women against violence*.<sup>326</sup>

Hvorvidt staten har utvist ”*due diligence*” er et spørsmål om aktsomhet. Ut over dette er det, på grunnlag av det materialet som er nevnt ovenfor, vanskelig å si noe konkret om hvordan denne vurderingen skal foretas og hva slags standard som skal legges til grunn for vurderingen av aktsomhet.

Videre er det interessant å se på hva innholdet i en eventuell forebyggingsplikt kan være. Igjen er det Den inter-amerikanske menneskerettsdomstol som har gått lengst i å stille krav til statene;

[t]his duty to prevent includes all those means of a legal, political, administrative and cultural nature that promote the protection of human rights and ensure that any violations are considered and treated as illegal acts.<sup>327</sup>

---

<sup>323</sup> Hovedanbefaling nr 19, punkt 9. FNs erklæring om avskaffelse av vold mot kvinner, artikkel 4. Beijing-plattformen, punkt 124 b.

<sup>324</sup> Parliamentary Assembly Recommendation 1681 (2004) Campaign to combat domestic violence against women in Europe.

<sup>325</sup> Punkt 2.

<sup>326</sup> Europarådets Ministerkomites anbefaling (2002) 5, punkt II.

<sup>327</sup> *Velasquez Rodriguez*-saken, avsnitt 175.

Forebyggingsplikten synes etter dette utsagnet å være omfattende etter Den amerikanske menneskerettskonvensjon.<sup>328</sup> Det er likevel ikke grunnlag for å si noe sikkert om et eventuelt omfang og innhold på bakgrunn av denne ene uttalelsen.

Vi står altså ovenfor flere internasjonale instrumenter og organer som oppstiller krav om aktsomt å forhindre mellomprivat vold mot kvinner. Uttalelser fra ulike internasjonale fora binder selvsagt ikke Domstolen, men en slik konsensus taler for at Konvensjonen skal tolkes slik at den harmonerer med denne.<sup>329</sup> Dette behøver ikke innebære at Konvensjonen skal foreta en "*due diligence*"-vurdering, men det taler for at vurderingen etter Konvensjonen skal harmonere med denne.

---

<sup>328</sup> American convention on Human Rights. Vedtatt på The Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22. november 1969.

<sup>329</sup> Se avsnittene 3.1.2-3.1.6 ovenfor.

## 6 En egnet rettslig arena?

### 6.1 Oppsummering

Denne avhandlingen har vurdert om artiklene 3 og 8 pålegger statene et ansvar for privatpersoners utøvelse av seksuell vold mot kvinner. Hensynet til individets verdighet og effektive konvensjonsrettigheter, sammen med samfunnsutviklingen, er argumenter som taler for at statene har et slikt ansvar. På bakgrunn av denne konklusjonen, har avhandlingen identifisert et sett av konkrete forpliktelser som påhviler statene. Det er etter gjeldende rett ikke tvil om at statene til en viss grad plikter å sikre retten til frihet fra seksuell vold, også mellom private. Det mest problematiske er hva slags tiltak og hvor stor grad av aktivitet EMK krever i slike tilfeller.

Avhandlingen har vist at EMK artikkel 3 og 8 stiller visse krav til de nasjonale straffesystemer. Straffebestemmelsene skal sanksjonere seksuell vold, og de må oppfylle kravene Konvensjonen stiller til definisjonen av voldtekt. Staten plikter videre å iverksette en offentlig etterforskning. Denne skal være bredt anlagt og søke å klargjøre omstendighetene rundt det påståtte overgrepet. Det er vesentlig at etterforskerne ikke har forutinntatte holdninger om hendelsesforløpet. Avhandlingen har også tatt opp spørsmålene om en plikt til å iverksette offentlig påtale og utforme tiltale mot voldsutøverne. Vi har sett at materialet som foreligger ikke gir grunnlag for å trekke sikre konklusjoner om hva som er gjeldende rett på disse områdene.

Videre har avhandlingen sett på i hvilken grad Konvensjonen pålegger statene positive forpliktelser ut over å stille krav til nasjonale straffesystemer. Det er skissert hva slags tiltak som kan utledes av artiklene 3 og 8 med tanke på å beskytte kvinner som er i en situasjon hvor de utsettes for seksuell vold. Statens plikt til å bistå kvinner som *har vært* utsatt for seksuell vold ble belyst i form av to problemstillinger: Har staten en plikt etter EMK til å rehabilitere voldsofre? Og har staten en forpliktelse til å yte erstatning til voldsofre og eller sørge for at det er adgang til å søke erstatning fra overgriper? I denne forbindelse ble det trukket noen linjer til hvordan artiklene 6 og 13 kan virke inn på Konvensjonens totale beskyttelse mot seksuell vold. Avhandlingen har også undersøkt om



det kan utledes en plikt fra Konvensjonen til å forebygge seksuell vold mellom private. Det er ingen klare svar på spørsmålene om eksistensen og omfanget av statens plikt til å beskytte og bistå kvinner som utsettes eller har vært utsatt for seksuell vold fra en privatperson, eller vedrørende plikten til å treffe tiltak for å forebygge seksuell vold mellom private. Vi har sett at ulike hensyn står mot hverandre og at mangelen på rettspraksis skaper uklarhet rundt Konvensjonens innhold på dette området. Dette har gjort det nødvendig å gå inn i Domstolens rettskilder og den metode Domstolen anvender, og argumentere ut fra disse. Vi har sett at Konvensjonen i flere av disse situasjonene åpner for et statsansvar, men at omfanget av dette er uklart.

## 6.2 I hvilken grad er EMK egnet til å beskytte kvinner mot seksuell vold mellom private?

Avhandlingen viser at artiklene 3 og 8 pålegger staten enkelte positive forpliktelser når privatpersoner utøver seksuell vold mot kvinner. Et slikt ansvar fremgår ikke eksplisitt av konvensjonsteksten. Som det ble nevnt innledningsvis, ble ansvar for mellomprivat vold heller ikke tatt i betraktning da Konvensjonen ble forfattet.<sup>330</sup> Dette støttes blant annet av en uttalelse fra Pierre-Henri Teitgen, som var sentral i arbeidet med å utarbeide forslag til konvensjonstekst, om at *"the committee agreed without difficulty that the collective enforcement should extend solely to rights and freedoms ... which imposed on the States only obligations 'not to do things'"*.<sup>331</sup> Mot denne bakgrunnen er det interessant å se på hvordan Domstolen har lyktes i å innlemme et ansvar for seksuell vold mellom private i konvensjonsretten.

### 6.2.1 Hva slags egnethet?

I en vurdering av Konvensjonens egnethet til å beskytte mot seksuell vold mellom private er det mange faktorer man kan ta tak i. Det første som slår en er kanskje en rent praktisk egnethet: Kan EMK fjerne seksuell vold mot kvinner? Og herunder, er dette egentlig et avgjørende formål med Konvensjonen? For å ta det siste først: EMK kan nok neppe sies å ha en realpolitisk målsetning om å eliminere vold mot kvinner. Konvensjonen har derimot er en intensjon om å ivareta hvert individs verdighet på en best mulig måte, og én måte å

---

<sup>330</sup> Avsnitt 2.2.

<sup>331</sup> Teitgen, s 10.

ivareta denne på kan være å pålegge statene et ansvar for seksuell vold selv om voldshandlingene er utført av privatpersoner.

I forbindelse med spørsmålet om praktisk egnethet, er det på sin plass å nevne betydningen av faktorer som ikke regulerer Konvensjonens rettslige innhold som sådant, men tjener som middel for gjennomføringen av innholdet i rettergangen.<sup>332</sup> Eksempler er hvordan klageordningen er utformet, hvor lang tid EMD bruker på å avgjøre en sak, sammensetningen av Domstolen, regler og praksis rundt siling av saker som skal opp for Domstolen og gjennomføringen av dens avgjørelser.<sup>333</sup> Dette er forhold som kan ha stor betydning for hvor effektiv retten til frihet fra seksuell vold i realiteten blir. Det vil imidlertid føre for langt å evaluere betydningen av denne type forhold for retten til frihet fra seksuell vold etter EMK i denne avhandlingen.

Det er videre klart at effektiviteten i arbeidet mot seksuell vold mot kvinner bunner i langt flere forhold enn menneskerettstraktaters utforming. Gjennomslagskraften EMK får vil, som ved alle andre rettslige virkemidler, avhenge av den sosiale konteksten den anvendes i. Mange fremhever betydningen av at kulturelle og samfunnsmessige strukturer mer eller mindre bevisst aksepterer vold mot kvinner.<sup>334</sup> Dette praktiske hinderet har EMK til felles med andre menneskerettstraktater, og problemstillingen vil ikke bli forfulgt videre her. Likesom årsakene til seksuell vold mot kvinner er mange, vil også virkemidlene i arbeidet mot vold mot kvinner måtte være det. Det er derfor ikke grunn til å ha en overdreven tro på internasjonale menneskerettigheters evne til å eliminere et samfunnsproblem som vold mot kvinner må sies å være.

---

<sup>332</sup> Byrnes, Andrew. *Toward More Effective Enforcement of Women's Human Rights Through the Use of International Human Rights Law and Procedures*. I: Human Rights of Women. National and International Perspectives. S 189 flg.

<sup>333</sup> Byrnes, *Toward More Effective Enforcement...*, s 198 flg. Byrnes, Andrew. *An Effective Complaints Procedure in the Context of International Human Rights Law*. I: The UN Human Rights Treaty System in the 21<sup>st</sup> Century. Redigert av Anne F. Bayefsky. Haag, 2000, s 139-162, på s 143 flg.

<sup>334</sup> Se for eksempel, Chinkin, Christine. *Women's Human Rights: Guaranteed by Universal Standards or Discounted by Cultural Bias?* I: Collected Courses of the Academy of European Law. Vol. V Book 2, Haag, 1997, s 11-58, spesielt s 29 flg.

Dette leder oss til spørsmålet om hvordan internasjonal rett kan bidra til å avhjelpe et problem som i stor grad synes å skyldes kulturelle og samfunnsmessige strukturer. Avhandlingen har i hovedsak fokusert på to virkemidler -et statlig ansvar for seksuell vold mellom private og de positive forpliktelsene dette medfører for statene. Siden avhandlingens problemstilling har et kvinneverettslig tilsnitt, er det av interesse å se på disse virkemidlene i lys av feministisk rettsteori. Denne har blant annet kritisert internasjonale menneskerettigheter for ikke å ivareta kvinners behov og rettigheter på en tilfredsstillende måte.<sup>335</sup> Jeg vil derfor ta utgangspunkt i ett forhold som har blitt viet spesiell oppmerksomhet i denne diskursen, nemlig kritikken av patriarkalske trekk ved internasjonal rett. Mer konkret vil jeg avslutningsvis se på hvordan EMK-retten kan sies å forholde seg til kritikk av menneskerettstraktaters ordlyd og manglende fokus på overgrep i den private sfære.

### 6.2.2 Konvensjonens egnethet i lys av feministisk kritikk

Tar vi utgangspunkt i Konvensjonens ordlyd, ser vi at teksten ikke eksplisitt nevner seksuell vold begått i den private sfære. På den annen side gir den heller ikke uttrykk for at slik adferd *ikke* omfattes. Feministisk juridisk teori har argumentert for at menneskerettighetene i stor grad gjenspeiler menns beskyttelsesbehov, og at dette blant annet reflekteres i ordlyden i menneskerettstraktatene, selv om denne i seg selv er kjønnsnøytral.<sup>336</sup> Følger man denne argumentasjonen, innebærer den at man er henvist til å tolke krenkelser som i størst grad rammer kvinner inn i et system som er utformet på menns premisser. Annette Lyth har kritisert en slik løsning på generelt grunnlag fordi den *"maintains the original (male-biased) presumptions and does not challenge the basis for these presumptions"*.<sup>337</sup> EMK har likevel løst utfordringen med en ordlyd som ikke eksplisitt omfatter utøvelse av seksuell vold mellom private på denne måten, ved at Domstolen har gitt uttrykk for at slik adferd omfattes av begrepene *"tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling"* og *"rett til respekt for sitt privatliv"*.<sup>338</sup>

---

<sup>335</sup> Se avsnitt 2.4 ovenfor.

<sup>336</sup> Lyth, Annette. *Where are the Women? -A Gender Approach to Refugee Law*. I: Expanding the Horizons of Human Rights Law. Redigert av Ineta Ziemele, Leiden, 2005, s 107-148, på s 110 flg, med videre henvisninger.

<sup>337</sup> Lyth, s 146.

<sup>338</sup> Henholdsvis EMK artikkel 3 og artikkel 8(1).

Umiddelbart ser det således ut til at den kjønnsnøytrale ordlyden ikke har forhindret at Konvensjonen fanger opp en kjønns spesifikk krenkelse som seksuell vold. Domstolens anerkjennelse av seksuell vold som en menneskerettskrenkelse må imidlertid sees i sammenheng med hvordan den forholder seg til det mellomprivate aspektet. I denne sammenheng er det sentralt å se på i hvilken grad EMK har et rammeverk som gjør at Konvensjonen har forutsetninger for å kunne beskytte kvinner mot privat voldsutøvelse.

Det er klart at EMK-systemet ikke ble utformet med tanke på å avgjøre saker som omhandler privat voldsutøvelse.<sup>339</sup> Konvensjonen ble primært forfattet med den hensikt å beskytte individene mot overgrep fra staten og dens tjenestemenn. Som vi så i avsnitt 2.4 er en slik tilnærming kritisert i teorien, blant annet fordi den bygger på et skille mellom den offentlige og den private sfære som ikke tar hensyn til menneskerettskrenkelser begått av privatpersoner. På dette området må man riktig nok ta med i betraktning at Konvensjonens opprinnelige rammeverk har blitt utviklet gjennom rettspraksis, og at avgjørelser fra konvensjonsorganene gradvis har latt det vokse frem et statsansvar for privates handlinger. Domstolen har lagt vekt på at rettighetene skal gjøres praktiske og effektive, og avhandlingen har vist at statene i dag har et ansvar for seksuell vold mellom private. Dette viser seg blant annet gjennom en rekke handlingsplikter for statene. De positive beskyttelsespliktene utgjør en ramme som statsansvar for privat voldsutøvelse kan pålegges innenfor.<sup>340</sup> Det at det finnes en viss struktur rundt, og praksis for, å pålegge staten et ansvar for privates handlinger, gjør at det kan stilles spørsmålstegn ved om skillet mellom den offentlige og den private sfære er i ferd med å bli myket opp i EMK-retten.<sup>341</sup> Dette løse rammeverket gjør også at konvensjonssystemet står bedre rustet til å beskytte mot seksuell vold mellom private i dag enn det gjorde da Konvensjonen ble forfattet.

I kontrast til Domstolens i utgangspunktet utviklingsorienterte tolkningspraksis på dette området, står det faktum at den ikke har avgjort noen saker som direkte tar stilling til avhandlingens problemstilling. Det nærmeste Domstolen har kommet, er i sakene *X og Y*

---

<sup>339</sup> Se avsnitt 2.2 ovenfor.

<sup>340</sup> I generelle ordlag; Sullivan s 130-131.

<sup>341</sup> Slik også McInerney, s 299 flg.

*mot Nederland* og *M.C. mot Bulgaria*, selv om ingen av disse omhandlet overgrep mot mentalt friske, voksne kvinner. Dette bidrar til et inntrykk av at statsansvaret til en viss grad er uavklart. Domstolens taushet rundt ansvaret for vold mot kvinner leder dessuten til et spørsmål om hva tausheten kan skyldes. Frihet fra fysisk vold og fra tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling, herunder seksualisert vold, er et av Konvensjonens kjerneområder. Som det er blitt påpekt tidligere i avhandlingen, rammer seksuell vold sentrale konvensjonsverdier, som individuell verdighet og integritet. Dette tilsier at seksuell vold mellom private skulle bli betraktet som like graverende, like alvorlig, som andre former for fysisk vold og tortur. Jeg skal ikke trekke noen bastante konklusjoner om grunnen til at Domstolen ikke har tatt et klarere standpunkt til seksualisert vold, men vi skal ikke se bort fra, at det at Domstolen ikke har avgjort noen saker som går direkte på seksuell vold mot kvinner, i seg selv kan være en indikasjon på at EMK-systemet i alle fall ikke *fremstår* som det optimale stedet å fremme denne type saker.

Vi har sett at Konvensjonen tilkjenner statene en viss skjønnsmargin med tanke på valg av virkemiddel for å oppfylle forpliktelsene i artikkel 8 på nasjonalt plan. I forhold til avhandlingens problemstilling kan det stilles spørsmål ved virkningen av at det i utgangspunktet faller under statenes skjønnsmargin å ta hensyn til “*perceptions of a cultural nature, local circumstances and traditional approaches*”.<sup>342</sup> I feministisk rettsteori fremheves jo nettopp kulturelle og samfunnsmessige strukturer som to faktorer som i mange tilfeller motvirker anerkjennelse av kvinners menneskerettigheter.<sup>343</sup> I *M.C. mot Bulgaria*, som sitatet er hentet fra, ble riktig nok ikke hensynet til kulturelle oppfatninger, lokale forhold og tradisjonelle tilnærmingmåter tillagt avgjørende vekt. Sitatet tilsier likevel at dette er hensyn som er legitime å ta med i betraktning når Konvensjonens forpliktelser skal gjennomføres på nasjonalt plan. Betydningen av denne uttalelsen vil avhenge av i hvor stor grad Domstolen tillater at valg av virkemidler begrunnes med slike hensyn. Per i dag er dette uavklart. Det at Domstolen har akseptert at statene kan ta slike hensyn, kan imidlertid gi grunn til bekymring for effektiviteten i gjennomføringen på nasjonalt plan.

---

<sup>342</sup> *M.C. mot Bulgaria*, avsnitt 154.

<sup>343</sup> Chinkin, *Women's Human Rights...*, s 29 flg.

Det at Konvensjonen pålegger *statene* et ansvar, gjør at bevisste statlige prioriteringer, så vel som mer underliggende holdninger og strukturer i statsapparatet kan få betydning for hvordan rettighetene gjennomføres på nasjonalt plan. I denne sammenheng kan det trekkes paralleller til kritikken av patriarkalske strukturer på internasjonalt plan på den ene siden, og sosiale og kulturelle strukturer på den andre. Titia Loenen har illustrert betydningen av å være bevisst på effekten av de underliggende normene når kvinners rettigheter skal styrkes.<sup>344</sup> Ett eksempel hun har trukket frem er effekten *Marckx mot Belgia* har hatt i nederlandsk rett. *Marckx*-saken slo blant annet fast at retten til respekt for privatlivet i artikkel 8 medfører at staten ikke kan kreve at en mor uttrykkelig må anerkjenne at hun er barnets mor, for å få de juridiske rettigheter moderskapet medfører.<sup>345</sup> Saken styrket således kvinners rettsstilling på dette området. Loenen argumenterer for at EMD med denne saken gjorde det klart at all statlig regulering av familieforhold faller inn under artikkel 8s virkeområde og formulerte "*a concrete substantive rule regarding the establishment of legal family ties*".<sup>346</sup> Dette har fått vidtrekkende konsekvenser for nederlandsk rett. Slik Loenen ser det, har nederlandske domstoler på bakgrunn av implikasjonene i denne saken tolket artikkel 8 slik at "*a male model of parenthood is ...adopted as the standard of reference*".<sup>347</sup> Loenen argumenterer for at denne patriarkalske referanserammen har ført til at nederlandske domstoler ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til forhold som er ulike for kvinner og menn, eksempelvis biologiske og kulturelle forskjeller.<sup>348</sup> Dette har i realiteten ført til en svekkelse av kvinners rettslige stilling.<sup>349</sup> Jeg skal ikke ta stilling til gyldigheten av denne forståelsen av nederlandsk rett, ei heller den feministiske teorien som ligger bak. Loenens eksempel illustrerer likevel ett av problemene konstruksjonen med ansvar for statene kan møte når rettighetene skal gjennomføres i nasjonal rett. Det er grunn til å tro at samme type problem vil kunne reise seg ved spørsmål

---

<sup>344</sup> Loenen, Titia. *Implementing Women's Human Rights Under the European Convention of Human Rights: a Mixed Blessing*. I: *The Legal Profession and the Protection of Human Rights in Africa*. Redigert av Evelyn A. Ankumah and Edward K. Kwakwa. 1999, s 127-132.

<sup>345</sup> *Marckx mot Belgia*, avsnitt 36-37.

<sup>346</sup> S 128.

<sup>347</sup> S 129 og 132.

<sup>348</sup> S 128-131.

<sup>349</sup> S 131.

om å beskytte mot seksuell vold mellom private, fordi det også her vil være tale om å styrke kvinners rettsstilling.

Diskusjonen over viser to temaer som er viktige for å sikre en effektiv rett til frihet fra seksuell vold; et statsansvar for privat voldsutøvelse, med tilhørende positive beskyttelsesplikter, og en anerkjennelse av at seksuell vold kan være en menneskerettskrenkelse. Vi har sett at Domstolen er pragmatisk i sin tolking og utvikling av Konvensjonen, og at den, i lys av samfunnsutviklingen, i økende grad har anerkjent betydningen av disse faktorene. Det kan derfor ikke utelukkes at konvensjonssystemet, alle forhold tatt i betraktning, vil kunne være en relativt godt egnet arena for rettslig å ta stilling til seksuell vold mot kvinner i den private sfære.

## 7 Litteratur

Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. Bergen, 2004.

Addo, Michael K. og Nicholas Grief. *Does Article 3 on The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?* I: *European Journal of International Law*. Vol. 9, No. 3, 1998.

Arai-Takahashi, Yutaka. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Antwerpen, 2002.

Bernard, R. *Comparative law in the interpretation and application of the European Convention on Human Rights*. I: *Mainly Human Rights*. Redigert av Salvino Busuttil. 1999, s 33-40.

Black's Law Dictionary. Sjefsredaktør: Bryan A. Garner. 8. utgave, St. Paul, 2004.

Bridge, F.H.S. *Council of Europe French-English Legal Dictionary*. Strasbourg, 1994.

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. 6. utgave, Oxford, 2003.

Bunch, Charlotte. *Transforming Human Rights from a Feminist Perspective*. I: *Women's Rights, Human Rights –International Perspectives*. Redigert av Julie Peters og Andrea Wolper. New York og London, 1995, s 11 flg.

Byrnes, Andrew. *An Effective Complaints Procedure in the Context of International Human Rights Law*. I: *The UN Human Rights Treaty System in the 21<sup>st</sup> Century*. Redigert av Anne F. Bayefsky. Haag, 2000, s 139-162.

Byrnes, Andrew. *Toward More Effective Enforcement of Women's Human Rights Through the Use of International Human Rights Law and Procedures*. I: *Human Rights of Women. National and International Perspectives*. S 189-227.

Callewaert, Johan. *Is There a Margin of Appreciation in the Application of Articles 2, 3 and 4 of the Convention?* I: *Human Rights Law Journal*. 1998, vol. 19, utgave 1, s 6-9.

Chinkin, Christine. *A Critique of the Public/ Private Dimension*. *European Journal of International Law*, 1999, Vol. 10 No 2, s 387-395.



Chinkin, Christine. *Women's Human Rights: Guaranteed by Universal Standards or Discounted by Cultural Bias?* I: Collected Courses of the Academy of European Law. Vol. V, Book 2, Haag, 1997, s 11-58.

Clapham, Andrew. *Human Rights in the Private Sphere*. Oxford, 1993.

Clapham, Andrew. *Revisiting Human Rights in the Private Sphere: Using the European Convention on Human Rights to Protect the Rights to Access to Civil Courts*. I: Torture as tort. Redigert av Craig Scott. Oxford, 2001, s 513-536.

Clapham, Andrew. *The 'Drittwirkung' of the Convention*. I: The European System for the Protection of Human Rights. Redigert av R. St. J. Macdonald, F. Matscher og H. Petzold. Dordrecht, 1993, s163-206.

Combrinck, Helene. *Positive duties to protect women from violence*. Human Rights Quarterly. 20.3,1998, s 666-690.

Cook, Rebecca J. *State Accountability Under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*. I: Human Rights of Women. Redigert av Rebecca J. Cook. Philadelphia, 1994, s 236-256.

Copelon, Rhonda. *Intimate terror: Understanding Domestic Violence as Torture*. I: Human Rights of Women. National and International Perspectives. Redigert av Rebecca J. Cook. Philadelphia, 1994, s 116-152.

*Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer (art 1-10)*. Peer Lorenzen ... [et al]. 2. utgave. København, 2003.

*Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer. Art. 11-59 samt Tillægsprotokollene*. Peer Lorenzen ... [et al]. 2. utgave. København, 2004.

Elgesem, Frode. *Tolkning av EMK –Menneskerettsdomstolens metode*. Lov og Rett. Nr 4-5 2003, s 203 flg.

Engle, Karen. *International Human Rights and Feminisms: When Discourses Keep Meeting*. I: International Law –Modern Feminist Approaches. Redigert av Doris Buss og Ambreena Manji. Portland, Oregon, 2005, s 47-66.

Fitzpatrick, Joan. *The Use of International Norms to Combat Violence Against Women*. I: Human Rights of Women –National and International Perspectives. Redigert av Rebecca J Cook. Philadelphia, 1994, s 532-572.

Frowein, Jochen Abr. *Human Dignity in International Law. I: The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*. Haag, 2002, s 121-132.

Gearty, Conor. *Principles of Human Rights Adjudication*. Oxford, 2004.

Hutchinson, Michael R. *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1999, volum 48, utgave 3, s 638-650.

Høstmælingen, Njål. *Internasjonale Menneskerettigheter*. Oslo, 2004.

Høstmælingen, Njål. *Vold mot menneskerettighetene?* AmnestyNytt. Nr 3, 2004.

Kaatee, Patricia. *Staten har plikter – også i Norge*. AmnestyNytt. Nr 3, 2004.

Kelly, Liz. *Promising Practises adressing sexual violence*. Ekspertuttalelse for FNs Division for the advancement of women. [www.un.org/womenwatch/daw/egm/vaw-gp-2005/docs/experts/kelly.sexualviolence.pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/vaw-gp-2005/docs/experts/kelly.sexualviolence.pdf) [besøkt 27.09.05].

*Kunnskapsforlaget engelsk ordbok*. Oslo, 1989.

Loenen, Titia. *Implementing Women's Human Rights Under the European Convention of Human Rights: a Mixed Blessing*. I: *The Legal Profession and the Protection of Human Rights in Africa*. Redigert av Evelyn A. Ankumah and Edward K. Kwakwa. 1999, s 127-132.

Lyth, Annette. *Where are the Women? -A Gender Approach to Refugee Law*. I: *Expanding the Horizons of Human Rights Law*. Redigert av Ineta Ziemele, Leiden, 2005.

Macdonald, R. St. J. *The Margin of Appreciation*. I: *The European System for the Protection of Human Rights*. Redigert av R. St. J. Macdonald, F. Matscher og H. Petzold. Dordrecht, 1993, s 83-124.

Mahoney, Paul. *The Comparative Method in Judgements of the European Court of Human Rights: Reference back to National Law*. I: *Comparative Law Before the Courts*. Redigert av Guy Canivet, Mads Andenas og Duncan Fairgrieve. London, 2004, s 135-150.

McInerney, Siobhán. *The ECHR and the Private Domain*. I: *Renegotiating Westphalia*. Redigert av Christopher Harding og C.L. Lim. The Hague, 1999, kap 10.

Merrills, J.G. *The development of international law by the European Court of Human Rights*. 2. utgave. New York, 1993.

Mirmotahari, Amir. *Statsansvar for mellomprivate konflikter etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*. Studentavhandling, Oslo, 2005.

Mowbray, Alastair. *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford, 2004.

*Norsk-engelsk juridisk ordbok. Strafferett, straffeprosess og andre juridiske termer*. Patrick Chaffey og Ronald Walford. 2. utgave, Oslo, 1997.

Nørregaard, Marianne. *Menneskerettighedskonventionens anvendelse mellem private*. København, 2004.

O'Donovan, Katherine. *Sexual division in law*. I: Sourcebook on Feminist Jurisprudence. Redigert av Hilaire Barnett. Storbritannia, 1997, s 146 flg.

Ovey, Claire. *The Margin of Appreciation and Article 8 of the Convention*. I: Human Rights Law Journal. 1998, vol. 19, utgave 1, s 10-12.

Petzold, Herbert. *The Convention and the Principle of Subsidiarity*. I: The European System for the Protection of Human Rights. Redigert av R. St. J. Macdonald, F. Matscher og H. Petzold. Dordrecht, 1993, s 41-62.

Reid, Sheila. *Preventing violence against women: a European perspective*. Strasbourg, 2003.

Rytter, Jens Elo. *Den Europeiske Menneskerettighedskonvention –og dansk rett*. København, 2003.

Schokkenbroek, Jeroen. *The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Court of Human Rights*. I: Human Rights Law Journal. Vol. 19, utgave 1, 1998, s 30-36.

Starmer, Keir. *European Human Rights Law –the Human Rights Act 1998 and the European Convention on Human Rights*. London, 1999.

Sellers, Patricia Viseur. *Sexual Violence and Peremptory norms: the Legal Value of Rape*. Case Western Reserve Journal of International Law. Vol. 34, utgave 3, 2002, s 287-303.

*Stor norsk - engelsk juridisk ordbok*. Ronald L. Craig. Oslo, 1999.

Sullivan, Donna. *The Public/ Private Distinction in International Human Rights Law*. I: Women's Rights, Human Rights. International Feminist Perspectives. Redigert av Julie Peters og Andrea Wolper. 1995, s 126-134.

Sørensen, Christian Børge. *Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap, vol. 117, 2004, s. 134-196.

Teitgen, P. H. *Introduction to the European Convention on Human Rights*. I: The European system for the Protection of Human Rights. Redigert av Macdonald, F. Matscher og H. Petzold. Dordrecht, 1993, s 3-15.

van Dijk, Pieter og van Hoof, G.J.H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Haag, 1998.

van Dijk, Pieter. *'Positive Obligations' Implied in the European Convention of Human Rights: Are the States Still the 'Masters' of the Convention?* I: The Role of the Nation-State in the 21<sup>st</sup> Century. Haag, 1998, s 17-33.

## 8 Internettsider

*UN Division for the Advancement of Women*, Department of Economic and social affairs.

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>

## 9 Register

### 9.1 Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol og kommisjon

Serie A - Publications of the European Court of Human Rights: Serie A: Judgments and Decisions (1961 -1995).

RJD - Reports of Judgments and Decisions, European Court of Human Rights (fra 1996).

DR - Decisions and Reports, European Commission of Human Rights (1975- oktober 1998).

*A mot Storbritannia*, RJD 1998-VI

*Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia*, Serie A 94

*Airey mot Irland*, 1979, Serie A 32

*Al-Adsani mot Storbritannia*, RJD 2001-XI

*Altun mot Tyskland*, 36 DR 209

*Appleby mfl. mot Storbritannia*, RJD 2000-VI.

*Assenov mfl. mot Bulgaria*, RJD 1998-VIII

*Aydin mot Tyrkia*, RJD 1997-VI

*B. mot Frankrike*, 1992, Serie A 232-C

*Bankovic mfl. mot Belgia mfl.*, RJD 2001-XII

*Botta mot Italia*, RJD 1998-I

*Chahal mot Storbritannia*, RJD 1996-V

*Christine Goodwin mot Storbritannia*, RJD 2002-VI

*Costello-Roberts mot Storbritannia*, 1993, Serie A 247-C

*D.P og J.C mot Storbritannia*, 10. oktober 2002. Ikke publisert, saksnummer: 38719/97

*Dudgeon mot Storbritannia*, 1983, Serie A 59

*E mfl. mot Storbritannia*, 26. november 2002. Ikke publisert, saksnummer: 33218/96

*Golder mot Storbritannia*, 1975, Serie A 18

*Guerra mfl. mot Italia*, RJD 1998-I

*Gül mot Sveits*, RJD 1996-I

*Handyside mot Storbritannia*, 1976, Serie A 24

*H.L.R mot Frankrike*, RJD 1997-III

*Irland mot Storbritannia*, 1978, Serie A 25

*James mfl. mot Storbritannia*, 1986, Serie A 98

*Jersild mot Danmark*, 1994, Serie A 298

*Johnston mot Irland*, 1986, Serie A 112

*Keegan mot Irland*, 1994, Serie A 290

*Keenan mot Storbritannia*, RJD 2001-III

*Klass mfl. mot Tyskland*, 1978, Serie A 28

*Kroon mfl. mot Nederland*, 1991, Serie A 297-C

*Kudla mot Polen*, RJD 2000-XI

*L.C.B. mot Storbritannia*, RJD 1998-III

*Leander mot Sverige*, 1987, Serie A 116

*López Ostra mot Spania*, 1994, Serie A 303-C

*Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia*. 4. februar 2005. Ikke publisert, saksnummer 46827/99 ; 46951/99.

*Marckx mot Belgia*, 1979, Serie A 31

*M.C. mot Bulgaria*, RJD 2003-XII

*Niemietz mot Tyskland*, 1992, Serie A 251-B

*Nuutinen mot Finland*, RJD 2000-VIII

*Osman mot Storbritannia*, RJD 1998-VIII

*Plattform "Ärzte für das Leben" mot Østerrike, 1988, Serie A 139*

*Powell og Rayner mot Storbritannia, 1990, Serie A 172*

*Pretty mot Storbritannia, RJD 2002-III*

*Rasmussen mot Danmark. Serie A 47*

*Raninen mot Finland, RJD 1997-VIII*

*Rees mot Storbritannia, 1986, Serie A 106*

*Ringeisen mot Østerrike, 1971, Serie A 13*

*Silver mfl. mot Storbritannia, 1983, Serie A 61*

*Soering mot Storbritannia, 1989, Serie A 161*

*Stjerna mot Finland, 1994, Serie A 299 B*

*Stubbings mfl. mot Storbritannia, RJD 1996-IV*

*Ünal Tekeli mot Tyrkia. 16. november 2004. Ikke publisert, saksnummer: 29865/96.*

*United Communist Party of Turkey mfl. mot Tyrkia. RJD 1998-I*

*V mot Storbritannia, RJD 1999-IX*

*V.G.T mot Sveits, RJD 2001-VI*

*von Hannover mot Tyskland, 21. juni 2004. Ikke publisert, saksnummer: 59320/00*

*Whiteside mot Storbritannia, 1994, DR 80*

*X og Y mot Nederland, 1985, Serie A 91*

*X og Y mot Nederland, Kommisjonens rapport av 5. juli 1983, utdrag vedlagt Domstolens avgjørelse 1985, Serie A 91.*

*Z mfl. mot Storbritannia, RJD 2001-V*

## 9.2 Avgjørelser fra internasjonale domstoler og konvensjonsorganer

### **Inter-American Court of Human Rights**

*Velasquez Rodriguez-saken, av 29. juli 1988, (serie C) no. 4.*



### **Committee on the Elimination of Discrimination against Women**

*Ms. A.T. mot Ungarn*, 26. januar 2005. Ikke publisert, saksnummer: 2/2003.

## **9.3 Dokumenter fra Europarådet**

### **Traktater**

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. 213 U.N.T.S. 222 (4. november 1950.). I kraft 3. september 1953. Som endret ved protokollene 3, 5, 8, og 11, i kraft hhv 21, september 1970, 20. desember 1971, 1. januar 1990 og 1. november 1998.

Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950 (20. mars 1952).

Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby (11. mai 1994).

### **The Committee of Ministers of the Council of Europe**

Recommendation (2002) 5 on the protection of women against violence.

### **The Parliamentary Assembly of the Council of Europe**

Recommendation 1450 (2000) on violence against women in Europe.

Recommendation 1582 (2002) on domestic violence against women.

Recommendation 1681 (2004) Campaign to combat domestic violence against women in Europe.

### **Steering Committee for Equality between Women and Men (CDEG)**

Summary of the Plan of Action to combat violence against women, EG-S-VL (98) 1.

## **9.4 FN-dokumenter**

### **United Nations General Assembly**

#### *Resolusjoner*

Convention Against Torture and Other Cruel, Inhumane, Degrading Treatment or Punishment. A/RES/39/46 (10. desember 1984).

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW). A/RES/34/180 (18. desember 1979).

Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. A/RES/2106 (XX) (21. desember 1965).

International Covenant on Civil and Political Rights. A/RES/2200 A (XXI) (16. desember 1966).

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A/RES/2200 A (XXI) (16. desember 1966).

Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. A/RES/54/4 (15. oktober 1999).

The United Nations Convention on the Rights of the Child. A/RES/44/25 (20. november 1989).

The United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (“the Beijing Rules”). A/RES/40/33 (29. november 1985).

The Universal Declaration of Human Rights. A/RES/217A (III) (20. desember 1948).

Wien-konvensjonen om traktatretten. A/RES/37/112 (23. mai 1969).

#### *Deklarasjoner*

Declaration on the Elimination of Violence against Women. A/48/104 (20. desember 1993).

Fourth World Conference on Women: Action for Equality, Development, and Peace, Beijing Declaration and Platform for Action. A/Conf.177/20 (1995).

#### **United Nations Commission on Human Rights**

Elimination of violence against women. Res 2003/45.

Interim Report of the United Nations Special Rapporteur for Torture of the Commission on Human Rights on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/55/290 (11. august 2000).

Report of the United Nations Special Rapporteur for Torture of the Commission on Human Rights on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Country visit, Yugoslavia, E/CN.4/1993/26.

United Nations Special Rapporteur for Torture of the Commission on Human Rights on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Res 1985/33.

Question of integrating the rights of women into the human rights mechanisms of the United Nations and the elimination of violence against women. Res 1994/45.

### **United Nations Human Rights Treaty Bodies**

United Nations Committee on the Elimination of discrimination against Women “General recommendation no 19”, 11<sup>th</sup> session, 1992.

### **9.5 Andre internasjonale dokumenter**

American Convention on Human Rights. Vedtatt på The Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22. november 1969.